Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief

(Ein Beitrag zur Frage der Sicherstellung von Bauzwischenkrediten)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Georg Reif
Referendar aus Nürnberg

Approbiert am 26. Juli 1939

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1939

Referent: Univ.-Prof. Dr. Lent

Gliederung.

Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief.

(Ein Beitrag zur Frage der Sicherstellung von Bauzwischenkrediten)

3. Abschnitt:

Formell-rechtliche Erfordernisse bei der Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld.

Schrifttum.

Kommentare und Lehrbücher:

Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts, III. Bd., Tübingen 1905.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, III. Bd. 1. Abtlg. Sachenrecht, Berlin 1905.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch (Handausgabe), 14. Auflage, München 1932.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht, II. Bd. Sachenrecht, Leipzig 1905.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preuß. Ausführungsbestimmungen, 5. Auflage, Berlin 1929; 6. Auflage, Berlin 1936.

Heck: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.

Oertmann: Die Rechtsbedingung (condicio iuris). Untersuchungen zum Bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre, Leipzig u. Erlangen 1924.

Planck (Brodmann, Strecker, Flad): Kommentar zum BGB. nebst Einführungsgesetz. III. Bd. 4. Aufl., Berlin u. Leipzig 1920; 5. Aufl., Berlin u. Leipzig 1938.

Predari: Kommentar zu den Nebengesetzen (Die Grundbuchordnung), Berlin 1907.

Reichsgerichtsräte Busch, Erler u. a.: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG., III. Bd. Sachenrecht, 8. Auflage, Berlin und Leipzig 1934.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903.

Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Auflage 1931.

Staudinger: Kommentar zum BGB. und dem Einführungsgesetz, III. Bd. Sachenrecht, 9. Aufl., München—Berlin—Leipzig 1926.

Wieacker: Bodenrecht, Hamburg 1938.

Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Bd. 9. Bearbeitg. 1932.

Abhandlungen und Aufsätze:

Ahsbahs: Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB., in Iherings J. Bd. 50, 373.

Ackermann: Zur Frage des Eigentumswechsels vor Hypothekvalutierung, in Dt.Not.Z., 36. Jhrgg., S. 241 ff.

Ackermann: Gläubigerwechsel vor Hypothekvalutierung, in Dt.Not.Z., 36. Jhrgg., S. 345 ff.

Ackermann: Die Sicherstellung von Bauzwischenkrediten im Zusammenhang mit der Frage des Gläubigerwechsels vor Hypothekvalutierung, in Dt.Not.Z., 36. Jhrgg., S. 670 ff. (Erwiderung).

Beck: Die Maximaleigentümerhypothek des BGB., Karlsruhe 1910.

Bendix: Berechtigt der Besitz des Hypothekenbriefes den Grundstückseigentümer zur Verfügung über die auf seinem Grundstück für einen Dritten eingetragene Briefhypothek?, in Seuff. Bl. 02, 535 ff.

Bericht über eine Fachversammlung rheinischer Notare, in Dt.Not.Z., 35. Jhrgg., S. 957 ff.

Dehne: Die Uebergabe des Hypothekenbriefes, Diss. Leipzig 1933.

— Die Sicherstellung von Bauzwischenkrediten im Zusammenhang mit der Frage des Gläubigerwechsels vor Hypothekvalutierung, in Dt.Not.Z., 36. Jhrgg., S. 664 ff.

Ehrenforth: Rechtsfragen zur vorläufigen Eigentümergrundschuld (A), in JW. 1936, S. 3219 ff.

Hannecke: Das Wirksamwerden der Hypotheken für zukünftige und bedingte Forderungen und ihre Rechtsnatur vor der Valutierung, Diss. Göttingen 1932.

Herold: Die beiden Unterarten der Eigentümerhypothek und das Wesen der Sicherungshypotheken, in ZBlFG. 4. Bd., S. 695 ff.

Lent: Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief, in Dt.Not.Z., 37. Jhrgg., S. 723 ff.

— Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief, in Dt.Not.Z., 38. Jhrgg., S. 133 ff.

— Die Rechtsstellung des Gläubigers der Hypothek für eine künftige Forderung, in Dt.Not.Z., 37. Jhrgg., S. 386 ff.

Legart: Zu JW. 1933, S. 2765.

Obermair: Die Sicherstellung von Bauzwischenkrediten im Zusammenhang mit der Frage des Gläubigerwechsels vor Hypothekvalutierung, in Dt.Not.Z., 36. Jhrgg., S. 659 ff.

Oberneck: Zu RG. 120, 110 in JW. 1928, S. 1494.

Recke: Unzulässigkeit der Vormerkung auf Abtretung einer künftigen Eigentümerhypothek, in JW. 1936, S. 1039.

— Rechtsfragen zur vorläufigen Eigentümergrundschuld (B), in JW. 1936, S. 3221 ff.

Schneider: Die Eigentümerhypothek vor Uebergabe des Briefes, Diss. Halle 1908.

Soltau: Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief (II), in Dt.Not.Z., 38. Jhrgg., S. 73 ff.

Thümmler: Die Sicherstellung von Bauzwischenkrediten im Zusammenhang mit der Frage des Gläubigerwechsels vor Hypothekvalutierung, in Dt.Not.Z., 36. Jhrgg., S. 763 ff.

Weber: Vorläufige Eigentümergrundschuld und Hypothekenbrief (I), in Dt.Not.Z., 38. Jhrgg., S. 69 ff.

Entscheidungssammlungen:

Blätter für Rechtsanwendung. Von Seuffert, Glück und Osthelder, herausgegeben von Gareis, Erlangen (Seuff. Bl.).

Deutsche Notar-Zeitschrift, Organ der Reichsgruppe Notare des NSRB. Herausgegeben vom Reichsgruppenwalter Notare des NSRB. u. Präsidenten der Reichsnotarkammer (Dt.Not.Z.).

Entscheidungen des Kammergerichts in Höchstrichterlicher Rechtsprechung (HRR.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Strohal und Ehrenberg (Iherings J.).

Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Johow-Ring, Berlin (KGJ.).

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot, herausgegeben von Rassow-Küntzel, Berlin (Gruch. B.).

Juristische Wochenschrift (JW.).

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, herausgegeben von Lobe, Leipzig (ZBlFG.).

Protokolle zum Entwurf des BGB.

A: Einleitung.

Die Anregung der Wohnbautätigkeit war nach dem Stillstand während der Kriegsjahre eine dringende wirtschaftliche und soziale Notwendigkeit. Gerade vom Baugewerbe aus, das ja mit den meisten Zweigen des Wirtschaftslebens in engster Verbindung steht, konnte auch die Gesamtwirtschaft durch einen großzügig angelegten Arbeitsbeschaffungsplan besonders wirksam wieder belebt werden. Dazu galt es, einer dringenden Wohnungsnot baldmöglichst zu steuern, eine Aufgabe, die vor allem in sozialer Hinsicht weitgehendste Unterstützung verdiente. Daß dieses Problem aber nicht nur in den Nachkriegsjahren von einschneidender Bedeutung für die Lösung wirtschaftlicher und sozialer Fragen war, sondern auch heute gerade wegen der bewußten Ablehnung der sog. Mietkasernen und einer entsprechenden Förderung des Eigenheimbaues wieder stark in den Vordergrund getreten ist, geht aus den umfassenden Maßnahmen hervor, die auf diesem Gebiet getroffen werden. Neben der Baugrundstücksbeschaffung zielen diese insbesondere auf eine geeignete Kreditierung zur Unterstützung von Bauvorhaben hin.

Da einerseits in den meisten Fällen der Bauwillige nicht in der Lage ist, die Baufinanzierung durch Eigenkapital zu bewerkstelligen, andererseits aber das Baugewerbe aus volkswirtschaftlichen Gründen nicht die Rolle des Finanziers seiner Kundschaft übernehmen kann, ist die Aufgabe, die erforderlichen Geldmittel zur Durchführung von Bauvorhaben bereitzustellen, den Hypothekenbanken zugefallen. Diese müssen natürlich darauf bedacht sein, zu Bauzwecken ausgegebene Darlehen durch die dingliche Haftung des Grundstücks des Bauwilligen als dessen meist einziges Vermögensobjekt sicherzustellen. Da aber das haftende Grundstück seinen eigentlichen Wert erst durch das darauf zu errichtende Gebäude erhält, so können und dürfen die zur endgültigen Finanzierung berufenen und bereiten Realkreditinstitute meist erst nach Fertigstellung des Baues die von ihnen versprochenen langfristigen Darlehen ausbezahlen. Oft wird die Finanzierung eines Baues von den Banken auch dergestalt gehandhabt, daß die zugesagte Geldsumme in einzelnen Raten zur Auszahlung gelangt, so z. B. die erste Rate nach Fertigstellung der Grundmauern und des Kellers, die zweite Rate nach Errichtung des Dachstuhls usw. In beiden Fällen gilt es aber für den Bauwilligen, die Zeitspanne bis zur Auszahlung, sei es des ganzen Betrages nach Bauvollendung, sei es der ersten Rate nach Erreichung eines bestimmten Baustadiums, durch einen Zwischenkredit von dritter Seite zu überbrücken. Daß hierbei das Baugewerbe selbst nicht als sog. Zwischenkreditgeber einspringen kann, ist bereits erwähnt. Bei der derzeitigen Entwicklung des Geldmarktes ist dies auch garnicht notwendig. Vor allem die Umstellung in den Finanzierungsmethoden des Reiches bewirkt das Freiwerden überschüssigen Kapitals in der Wirtschaft, da dieses nun nicht mehr sofort durch Ausgabe von Schatzanweisungen gebunden wird, sondern unge-

hindert der Realkreditierung wieder zur Verfügung steht. Natürlich müssen auch diese von dritter Seite gewährten Zwischenkredite eine genügende Sicherstellung erhalten. Jedoch sind sie, wenn sie von privater Seite gewährt werden, nicht den strengen Vorschriften für die Hypothekenbanken über die Anforderungen an die durch das belastete Grundstück zu gebende dingliche Sicherheit unterworfen. Dasselbe gilt bei der Gewährung von Realkrediten durch Geldinstitute, die nicht dem Hypothekenbankgesetz unterliegen. Da auch die Zwischenkredite meist nur einen Bruchteil des von der Hypothekenbank zugesagten endgültigen Baukredits darstellen, so bedeutet schon das unbebaute Grundstück meist eine genügende Sicherheit. Einer sofortigen Auszahlung des Zwischenkredits, in der ja dessen Bedeutung liegt, steht demnach nichts entgegen. Sie kann also schon vor dem Baubeginn erfolgen, sobald nur die dingliche Sicherung durchgeführt ist. Eine etwa doch bestehende Unvollkommenheit der Deckung kann durch eine entsprechende Erhöhung des Zinssatzes ausgeglichen werden.

B: Hauptteil.

1. Abschnitt:

Die verschiedenen im Schrifttum vertretenen Möglichkeiten der Zwischenkreditsicherung bei Baugeldhypotheken.

Für die dingliche Sicherung des Zwischenkredits sind nun im Schrifttum verschiedene Möglichkeiten vorgeschlagen worden, die z. T. auch in die Praxis Eingang gefunden haben.

I. Hypothek an zweiter Rangstelle.

Der auf fremdes Kapital angewiesene Bauwillige hat mit einer Hypothekenbank die Gewährung eines die Baukosten deckenden Darlehens vereinbart. Zur Sicherung des auszuzahlenden Darlehens hat sich die Hypothekenbank am Baugrundstück eine Hypothek an erster Rangstelle bestellen lassen. Diese Hypothek wird sofort in das Grundbuch eingetragen, während die Auszahlung des Darlehens erst nach Fertigstellung des Baues erfolgt. Zur Beschaffung der nötigen Barmittel, die in der Zwischenzeit insbesondere zur Zahlung der laufenden Löhne der Bauhandwerker erforderlich sind, läßt sich nun der Bauherr von einem Zwischenkreditgeber ein zweites Darlehen gewähren, das meist nur einen Bruchteil des Darlehens der zur endgültigen Finanzierung des Baues gewonnenen Hypothekenbank beträgt und lediglich über die sonst kapitalarme Zeit bis zur Auszahlung dieses Darlehens hinweghelfen soll. Der Zwischenkreditgeber muß natürlich auch für seine Forderung an den Bauherrn eine dingliche Sicherung verlangen. Zu diesem Zweck kann nun der Bauherr an seinem Grundstück zugunsten des Zwischenkreditgebers eine weitere Hypotkek bestellen, und zwar an zweiter Rangstelle nach der für die Hypothekenbank bereits eingetragenen, aber noch nicht valutierten Hypothek. Nach Rückzahlung des Zwischenkredits wird dann die zweite Hypothek wieder gelöscht.

Diese Methode der Zwischenkreditsicherung ist in ihrer rechtlichen Grundlage durchaus klar und unanfechtbar. Wirtschaftlich gesehen müssen hier aber doch verschiedene Bedenken geltend gemacht werden. Der Bauzwischenkredit ist bestimmungsgemäß ein kurzfristiger. Es werden in fast allen Fällen bereits nach einem viertel oder einem halben Jahr die hierfür eingetragenen Hypotheken wieder gelöscht. Dies bedeutet natürlich hinsichtlich der Kostenfrage für die Bauzwischenfinanzierung eine Belastung des Bauherrn, die an sich in keinem Verhältnis zu dem sich aus der meist nur geringen Höhe des Darlehens und der kurzfristigen Kreditierung erzielbaren Gegenwert steht. Weiterhin bedeutet die Eintragung der besonderen Zwischenkredithypotheken und deren alsbaldigen Löschung für die Grundbuchämter eine bedeutende Mehrarbeit, die im Grunde als unwirtschaftlich be-

trachtet werden muß. Beobachtet man ferner noch die Erfahrungstatsache, daß einerseits die Grundbuchämter bei der augenblicklichen starken Arbeitsanhäufung vielfach erst nach Wochen die Eintragungsanträge vollziehen können, andererseits aber das Darlehen vom Zwischenkreditgeber erst nach Eintragung der dinglichen Sicherung ausbezahlt wird, so daß bei Baubeginn doch nicht sofort das zur Begleichung der laufenden Forderungen der Bauhandwerker nötige Kapital zur Verfügung steht, so muß man Obermair [1]) zustimmen, wenn er aus diesen Gründen der Verwendung einer selbständigen Hypothek an zweiter Rangstelle zur Zwischenkreditsicherung ablehnend gegenübersteht.

II. Pfandrecht an der für die Hypothekenbank eingetragenen Hypothek.

Von einer Fachversammlung rheinischer Notare [2]) wurde als nächste Möglichkeit der Zwischenkreditsicherung in Erwägung gezogen, ein Pfandrecht an der für die Hypothekenbank eingetragenen Hypothek zugunsten des Zwischenkreditgebers zu bestellen. Es wurde aber von der Fachversammlung dabei auf die sich bei der praktischen Durchführung dieses Vorschlages und hinsichtlich der Verwertbarkeit des Pfandrechts ergebenden Schwierigkeiten hingewiesen und unter Anführung der Ungebräuchlichkeit der genannten Methode in der Praxis mit Recht davon abgeraten.

III. Hypothek an erster Rangstelle.

Als klarster und einfachster Weg wird dagegen von der oben genannten Fachversammlung folgende Methode bezeichnet:

Es wird zunächst für den Zwischenkreditgeber eine Hypothek an erster Rangstelle eingetragen. Ist der Zwischenkredit abgelöst, so wird diese wieder gelöscht. Hierauf steht dann der Eintragung einer neuen Hypothek für die Hypothekenbank mit ebenfalls erster Rangstelle nichts mehr im Wege.

Dieser Vorschlag scheint auf den ersten Blick durchaus gangbar zu sein. Er läßt aber die wesentliche Tatsache vollkommen außer Acht, daß das Geld zur Abdeckung des Zwischenkredits ja erst durch die Auszahlung des Darlehens der Hypothekenbank dem Grundstückseigentümer zur Verfügung steht. Die Hypothekenbank wird und kann aber keinesfalls das Darlehen vorher ausbezahlen, als nicht dessen Rückzahlung durch die Eintragung einer erstrangigen Hypothek am Baugrundstück sichergestellt ist. Dem steht aber die noch eingetragene Hypothek des Zwischenkreditgebers entgegen. Damit entfällt auch die praktische Durchführbarkeit des vorgeschlagenen Weges.

IV. Unbedingte Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld mit Rückabtretung nach Abdeckung des Zwischenkredites.

Weiter wurde von der vorgenannten Fachversammlung rheinischer Notare in Vorschlag gebracht, die Eigentümergrundschuld, die nach der Eintragung der Hypothek für die Hypothekenbank und vor der Auszahlung der Valuta besteht, an den Zwischenkreditgeber sofort abzutreten. Der Zwischenkreditgeber müsse sich dabei verpflichten, diese dingliche Sicherung nach Abtretung

---

1) Obermair in Dt. Not. Z., 36. Jahrgg., S. 659 ff.
2) Bericht in Dt. Not. Z., 35. Jahrgg., S. 957 ff.

des Zwischenkredits wiederum an den Grundstückseigentümer zurückzuübertragen.

Bei dieser Methode ergeben sich folgende in der Literatur lebhaft erörterte Fragen:

Ist zur Abtretung der Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber die Einwilligung der Hypothekenbank als des endgültigen Hypothekars erforderlich?

Wird die Eigentümergrundschuld durch die Abtretung an den Zwischenkreditgeber zur Fremdgrundschuld oder wird sie dies zumindest bei der Rückabtretung an den Grundstückseigentümer oder bleibt sie Eigentümergrundschuld?

Wird die abgetretene Eigentümergrundschuld durch die Ausbezahlung des Zwischendarlehens vielleicht sogar zur echten Hypothek?

Letzteres kann wohl sofort verneint werden. Die Abtretung der Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber soll ja lediglich eine Sicherheitsleistung darstellen, keinesfalls aber soll die darauf erfolgende Auszahlung des Zwischendarlehens die endgültige Valutierung der eingetragenen Hypothek durch die Hypothekenbank ersetzen. Die Frage, ob die Eigentümergrundschuld als solche bei der Abtretung bestehen bleibe oder ob sie zur Fremdgrundschuld werde, muß natürlich in letzterem Sinne entschieden werden. Durch die Abtretung begibt sich der Grundstückseigentümer der ihm über die Eigentümergrundschuld zustehenden Verfügungsmacht. Sie gehört nunmehr während der Dauer ihres Bestandes zur ausschließlichen Machtsphäre eines Dritten, des Zwischenkreditgebers, und wird somit zur Fremdgrundschuld. Im übrigen wird auf die angeschnittenen Fragen später näher eingegangen werden.

Die bedingungslose Abtretung der Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber macht es nach Ansicht der genannten Fachversammlung aber erforderlich, nach Abdeckung des Zwischenkredits bei der Rückabtretung eine Umwandlung der Fremdgrundschuld in eine Eigentümergrundschuld durch eine Vereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und der Hypothekenbank herbeizuführen. Hierdurch wird zum Ausdruck gebracht, daß infolge der Abtretung der Eigentümergrundschuld die Hypothekenbank die Möglichkeit verloren haben soll, ohne weiteres durch einfache Valutierung die eingetragene Hypothek als endgültige Gläubigerhypothek erwerben zu können.

Hiermit wird eine Streitfrage angeschnitten, die von den rheinischen Notaren durch folgende Lösung umgangen zu werden versucht wird:

V. Bedingte Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld.

Um zu vermeiden, daß die abgetretene Eigentümergrundschuld bei ihrer Rückübertragung erst wieder von einer Fremdgrundschuld in eine Eigentümergrundschuld umgewandelt und dadurch erst der Hypothekenbank eine gültige Valutierung der Hypothek ermöglicht werden müßte, soll die Eigentümergrundschuld nicht bedingungslos an den Zwischenkreditgeber abgetreten werden. Die Abtretung soll vielmehr unter der auflösenden Bedingung geschehen, daß sie hinfällig sein soll, sobald die Abdeckung des Zwischenkredites erfolgt ist. Dadurch soll erreicht werden, daß die abgetretene Eigentümergrundschuld ohne weiteres wieder als solche an den Grundstückseigentümer zurückfällt.

Es handelt sich hier also um eine rechtsgeschäftlich bedingte Abtretung der Eigentümergrundschuld, die den Bestimmungen der §§ 158 ff. BGB. unterliegt. Mit dem Eintritt der Bedingung, der Rückzahlung des Zwischendarlehens, tritt der frühere Rechtszustand automatisch wieder ein. Es besteht wieder Eigentümergrundschuld für den Grundstückseigentümer, die im Augenblick der Auszahlung der Valuta durch die Hypothekenbank in deren Hand zur Gläubigerhypothek wird.

Als Ergänzung hierzu wird noch empfohlen, auch den Anspruch des Grundstückseigentümers gegen die im Grundbuch als Hypothekengläubigerin eingetragenen Hypothekenbank auf Berichtigung des Grundbuchs an den Zwischenkreditgeber mitabzutreten. Weiterhin solle der Grundstückseigentümer die Verpflichtung eingehen, die zur Berichtigung erforderlichen Erklärungen auf Anfordern des Zwischenkreditgebers jederzeit in ordnungsgemäßer Form beizubringen oder abzugeben. Auf diese Weise habe dann der Zwischenkreditgeber gegen die Hypothekenbank gegebenenfalls einen direkten Anspruch auf endgültige Abtretung der dinglichen Sicherheit.

Ohne zunächst auf rechtliche Einzelheiten näher eingehen zu wollen, kann jedenfalls gesagt werden, daß dieser letzte Vorschlag der rheinischen Notare zweifellos hinsichtlich der Kostenfrage den Vorzug vor allen übrigen hier angeführten Wegen zur Erreichung einer dinglichen Sicherung für ein Zwischenbaudarlehen verdient.

Die Praxis hat daher, zumal die Kostenfrage für die Bauzwischenfinanzierung eine wesentliche Rolle spielt, bereits schon seit Jahren der Verwendung einer auflösend bedingten Eigentümergrundschuld zur Zwischenkreditsicherung höchste Beachtung geschenkt und dieses Verfahren auch schon reibungslos angewandt. Allein aus dieser Tatsache können nicht ohne weiteres Rückschlüsse darauf gezogen werden, daß die rechtlichen Grundlagen dieser Methode auch wirklich einwandfrei sind. Das starke wirtschaftliche Interesse, einen möglichst billigen Weg zur Sicherung des Bauzwischenkredits zu finden, ist hierfür nicht ausschlaggebend.

Tatsächlich ist um die Zulässigkeit und rechtliche Durchführbarkeit des letzterwähnten Vorschlages im Schrifttum schon länger ein heftiger Streit entbrannt, der bis heute noch nicht zu einer endgültigen befriedigenden Lösung der Streitfragen geführt hat. Insbesondere besteht darüber, ob die Abtretung der Eigentümergrundschuld überhaupt unter eine rechtsgeschäftlich vereinbarte auflösende Bedingung gestellt werden muß oder ob der Bestand des abgetretenen Rechts nicht schon rechtlich einer auflösenden Bedingung unterliegt, noch manche Unklarheit. Die Rechtsprechung hat hierbei keineswegs richtungweisend gewirkt. Sie ist vielmehr selbst nur schrittweise den vom Schrifttum aufgezeigten Wegen gefolgt.

Wegen der überaus umfassenden Bedeutung, die heute im Wirtschaftsleben das Problem der Bauzwischenfinanzierung einnimmt, ist es aber unbedingt erforderlich, die Wirtschaft von der Ungewißheit zu befreien, die durch die wiederholten Angriffe hinsichtlich der Zuverlässigkeit der vor der Hypothekvalutierung an den Zwischenkreditgeber abgetretenen Eigentümergrundschuld als dingliche Sicherheit für einen gewährten Zwischenkredit hervorgerufen worden ist. Den Versuch, einen kleinen Teil zur Klärung dieser Fragen beizutragen, soll daher die nachstehende Arbeit machen. Dabei soll sich der Rahmen der zu bewältigenden Aufgabe darauf beschränken, die materiell-rechtliche Zulässigkeit und die formell-rechtlichen

Erfordernisse der Uebertragung der vor der Hypothekvalutierung dem Grundstückseigentümer zustehenden Eigentümergrundschuld sowie deren Verwendbarkeit als dingliche Sicherung für ein gegebenes Bauzwischendarlehen zu untersuchen.

2. Abschnitt:

Die materiell-rechtliche Zulässigkeit der Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld und deren Verwendbarkeit als dingliche Sicherung für einen Bauzwischenkredit.

Ausgangspunkt der Untersuchung muß die rechtliche Klarlegung des Wesens der nach Eintragung einer Hypothek für eine künftige Forderung, aber vor Auszahlung der Valuta bestehenden Eigentümergrundschuld und der hierdurch geschaffenen Rechtslage sein, wobei insbesondere die Stellung des zukünftigen Hypothekengläubigers, der Hypothekenbank, zu berücksichtigen ist.

I. Das Wesen der sog. vorläufigen Eigentümergrundschuld und die rechtliche Stellung der Hypothekenbank nach Eintragung der Hypothek.

1 a) Das BGB. kennt nicht nur die Belastung eines Grundstückes mit einer Hypothek für eine dem Gläubiger gegenwärtig bereits zustehende Forderung, § 1113 Abs. 2 BGB. spricht vielmehr ausdrücklich davon, daß eine Hypothekbestellung auch für eine erst künftig zum Entstehen kommende oder bedingte Forderung erfolgen kann. Daß hierbei natürlich nur aufschiebend bedingte Forderungen verstanden sein sollen, ist klar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß Hypotheken für auflösend bedingte Forderungen gegenüber den gewöhnlichen sonstigen Hypotheken nach § 1113 Abs. 1 BGB. keinerlei rechtliche Besonderheiten aufweisen. Nach den Vorschriften des BGB. über die Bedingungen hat eine auflösend bedingte Forderung bis zum Eintritt der Bedingung dieselbe Wirksamkeit wie eine unbedingte gegenwärtige Forderung. Auch die Tatsache, daß die auflösend bedingte Forderung bei Eintritt der Bedingung erlischt, gibt keine Veranlassung, eine Hypothek für eine solche Forderung anders zu behandeln wie eine unter § 1113 Abs. 1 BGB. fallende Hypothek. Auch bei der gewöhnlichen Hypothek für eine unbedingte Forderung ist ja jederzeit die Möglichkeit gegeben, daß der Schuldner die der Hypothek zugrundeliegende Forderung durch Rückzahlung des Darlehens zum Erlöschen bringt. Die Unterscheidung, die der Gesetzgeber in Absatz 1 und 2 des § 1113 BGB. bei der Bestellung von Hypotheken getroffen hat, kann aber doch offensichtlich nicht darauf abgestellt sein, ob die dem Gläubiger gegenwärtig zustehende Forderung durch einen im Willen oder durch eine außerhalb des Willens der Parteien gelegenen Umstand zum Erlöschen gebracht werden wird.

Demgegenüber ist eine aufschiebend bedingte Forderung eine noch nicht gegenwärtige, vielmehr erst zukünftig entstehende Schuld des Hypothekenbestellers, wobei das Entstehen der Forderung vom Eintritt einer Bedingung abhängen soll. § 1113 Abs. 2 BGB. behandelt also die Bestellung

von Hypotheken für noch nicht gegenwärtige Forderungen, deren Entstehen entweder auf den Parteiwillen (künftige F.) oder auf den Eintritt eines ungewissen, zukünftigen Ereignisses (aufschiebend bedingte F.) abgestellt ist.

Bei der Baugeldhypothek handelt es sich nun um die Bestellung einer Hypothek am Grundstück für eine nicht gegenwärtige Forderung. Die Hypothekenbank hat sich zwar in den meisten Fällen wohl zur Hingabe eines Darlehens verpflichtet (Darlehensvorvertrag), sie will auch die Eintragung der Hypothek in das Grundbuch sofort durchgeführt haben, die Auszahlung des Darlehens soll aber erst später, meist erst nach Bauvollendung geschehen. Da der Darlehensvertrag seiner Natur nach ein Realvertrag ist, steht dem Darlehensversprechenden erst mit der tatsächlichen Hingabe des Darlehens eine Forderung gegen den Darlehensempfänger zu. Die der Bauhypothek zugrundeliegende Forderung entsteht also erst nach der Eintragung der Hypothek. Die Forderung ist, da ihre Entstehung allein vom Willen des Kreditgebers abhängt, also eine zukünftige Forderung.

Es ist dabei beachtenswert, daß aus dem Darlehensvorvertrag dem Grundstückseigentümer ein Recht gegen die Hypothekenbank auf Begründung der Forderung (Zahlung der Hypothekenvaluta) zusteht. Die Streitfrage, wie weit die zukünftige Forderung schon bei Bestellung der Hypothek bestimmt oder bestimmbar sein muß, hat daher nur dann Bedeutung, wenn ein Darlehensvorvertrag ausnahmsweise nicht geschlossen sein sollte. Der Wortlaut des § 1113 Abs. 2 BGB. gibt zur Entscheidung dieser Streitfrage keinen Anhaltspunkt. Der Gesetzgeber spricht hier lediglich von „zukünftigen“ Forderungen. Aus dem Wesen der Hypothek als dem Akzessorium einer Forderung muß aber entnommen werden, daß hier nicht jede Forderung, deren Entstehung gegebenenfalls möglich ist, gemeint sein kann. Wenn also Endemann[1]) der Ansicht ist, daß jede Forderung, an deren Entstehung nur geglaubt wird, zur Bestellung einer Hypothek geeignet sei, so muß insoweit widersprochen werden. Andererseits kann es aber wohl kaum im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben, nur solche zukünftigen Forderungen zuzulassen, für deren Entstehung bereits ein festes Rechtsverhältnis garantiert. Es hat sich daher auch überwiegend die Meinung durchgesetzt, daß es genügen müsse, wenn zwischen den Parteien bereits ernstliche Verhandlungen über die Hingabe eines Darlehens gepflogen wurden, ohne daß es zu einer festen Verpflichtung gekommen ist, oder wenn aus einem bestehenden oder auch nur angebahnten Geschäftsverhältnis mit der Entstehung der Forderung ernstlich von beiden Parteien gerechnet wird[2]).

Da bei der Bestellung einer Baugeldhypothek unter Vorangehen genauer Abmachungen über die Auszahlung des Darlehens, ohne welche üblicherweise von Hypothekenbanken kein Kredit gewährt wird, die Entstehung der zugrundeliegenden Forderung auf einer festen Verpflichtung beruht und somit ausreichend bestimmt ist, so kann an der Zulässigkeit einer solchen Hypothekbestellung kein Zweifel bestehen. Die Hypothekbestellung setzt lediglich eine wirksame Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und der Hypothekenbank sowie die Eintragung in das Grundbuch unter Angabe der Forderung und des Schuldgrundes voraus. Hinzu muß zur Bestellung einer Hypothek noch kommen, daß tatsächlich eine geeignete persönliche For-

1) Endemann § 116, 5a.

2) Oertmann, Rechtsbedingung S. 189; Planck § 883, 1e u. § 1113, 5g; Staudinger § 1113, I 5b; RGR. Komm. § 1113, 7.

derung vorhanden ist. Daß diese nicht unbedingt eine gegenwärtige sein muß, sondern daß es genügt, wenn die Forderung erst zukünftig entstehen wird, ist bereits dargelegt.

b) Wem steht nun aber das in das Grundbuch eingetragene Grundpfandrecht zu? Der Hypothekenbank oder dem Grundstückseigentümer? Wenn eine Hypothek für eine bereits bestehende Forderung bestellt wird, so ist es außer jedem Zweifel, daß der eingetragene Hypothekar sofort mit der Eintragung (bei Briefhypotheken muß noch die Briefübergabe hinzukommen) wirklicher Hypothekengläubiger geworden ist. Wenn eine Hypothek bestellt worden ist und die zugrundeliegende Forderung ist nicht zur Entstehung gelangt, so bestimmt § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB., daß die Hypothek dem Eigentümer des Grundstücks zustehen solle, und zwar gemäß § 1177 Abs. 1 BGB. als Eigentümergrundschuld. Wie verhält es sich aber mit einer Hypothek, die für eine Forderung bestellt ist, die nur „noch nicht" entstanden ist, mit deren Entstehung aber unbedingt noch gerechnet wird?

Hierüber hat der Gesetzgeber anscheinend keine Bestimmung getroffen. § 1163 BGB. regelt dem Wortlaut nach nur den Fall, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist. Daraus könnte man schließen, daß die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung eine Ausnahme von den übrigen Hypotheken darstelle und daß die Vorschrift des § 1113 Abs. 2 BGB. als die offenbar einzige gesetzliche Regelung dieser Hypotheken für künftige oder bedingte Forderungen anscheinend nicht nur die Zulassung der Bestellung, sondern zugleich auch indirekt das Entstehen der Gläubigerrechte des Hypothekars behandle. Dies würde zu dem Ergebnis führen, daß mangels einer gegenteiligen Bestimmung die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung sofort mit der Bestellung, also schon vor der Entstehung der Forderung dem Hypothekar als Gläubigerhypothek zustehe. Damit würde aber bewußt ein Grundprinzip des Hypothekenrechts durchbrochen werden, daß nämlich die Hypothek das Schicksal der Forderung teile. Dies wäre nur dann gerechtfertigt, wenn § 1113 Abs. 2 BGB. tatsächlich als eine Ausnahmebestimmung anzusehen wäre. Ueber diese Frage sind früher die Meinungen erheblich auseinander gegangen. Zwei Theorien wurden dabei herausgebildet:

α) Die eine Theorie spricht das bestellte Grundpfandrecht sofort als echte Gläubigerhypothek dem eingetragenen Hypothekar zu. Diese Auffassung wird daher meist als „Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek" bezeichnet. Sie stellte früher die herrschende Meinung dar. Vertreten wurde sie vor allem von Güthe [3]) und Beck [4]) sowie in der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts [5]).

β) Die heute herrschende Ansicht geht demgegenüber dahin, daß das bestellte Grundpfandrecht zunächst, und zwar bis zur Entstehung der Forderung als Eigentümergrundschuld dem Grundstückseigentümer zustehe. Dementsprechend ist diese Auffassung unter der Bezeichnung „Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld" in das Schrifttum eingegangen. Sie wird heute fast ausschließlich in der Literatur ver-

3) Güthe — Triebel, 5. Aufl. S. 580.
4) Beck, Die Maximaleigentümerhypothek.
5) RG. 51, 117; 56, 322; 61, 41; allerdings hier nur hinsichtlich der Höchstbetragshypothek, die aber nur eine besondere Art der Hypotheken für zukünftige Forderungen ist.

treten [6]). Auch das Reichsgericht hat schon lange seine früher entgegengesetzte Ansicht zugunsten der Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld aufgegeben [7]).

Mit Recht geht man heute davon aus, daß § 1163 BGB. trotz des äußerlich unzutreffenden Wortlauts auch auf die Fälle des § 1113 Abs. 2 BGB. Anwendung finden müsse. Die Anhänger der Gläubigerhypothek-Theorie weisen zwar darauf hin, daß dann der Gesetzgeber den § 1163 BGB. hätte etwa folgendermaßen abfassen müssen: „Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht oder noch nicht zur Entstehung gelangt." Allein die äußere Abfassung kann für den Inhalt einer Vorschrift nicht ausschließlich maßgebend sein. Es kommt vielmehr auf den Sinn und Zweck an, den der Gesetzgeber offensichtlich mit einer Bestimmung verfolgen will. Dieser kann hier aber doch nur der sein, eine ungerechte Lage zu vermeiden, die daraus entstehen würde, daß dem Hypothekar die Gläubigerrechte aus der Hypothek schon zustehen, bevor er selbst persönlicher Gläubiger des Grundstückseigentümers geworden ist. Die Hypothek dient doch zur dinglichen Sicherung einer persönlichen Forderung. Es würde gar nicht im Willen der Parteien liegen, dem einen Teil eine Sicherung am Grundstück des anderen zusprechen zu wollen, obwohl noch gar keine Forderung besteht, die der Sicherung bedarf. Sinngemäß müssen daher auch die Fälle des § 1113 Abs. 2 BGB. unter die Regelung des § 1163 Abs. 1 BGB. fallen. Die gegenteilige Ansicht beruft sich nun zwar darauf, daß der Gesetzgeber in § 1113 BGB. ja auch eine Trennung zwischen einer Hypothek für eine gegenwärtige und einer solchen für eine zukünftige oder bedingte Forderung vorgenommen habe. Folgerichtig hätte er dann auch in § 1163 BGB. die beiden Fälle getrennt regeln oder aber zum Ausdruck bringen müssen, daß § 1163 BGB. für beide Fälle Gültigkeit haben solle. Dadurch, daß der Gesetzgeber dies unterlassen habe, habe er zu erkennen gegeben, daß es einer besonderen Regelung des Erwerbs durch den Hypothekar bei Hypotheken für zukünftige oder bedingte Forderungen entsprechend der Vorschrift des § 1163 Abs. 1 BGB. nicht bedürfe, da diese schon § 1113 Abs. 2 BGB. mit enthalte [8]). Dem muß aber entschieden widersprochen werden. § 1113 Abs. 2 BGB. spricht ausdrücklich nur von der Zulässigkeit der Bestellung einer Hypothek, auch ohne daß eine Forderung bereits besteht. Ebenso wie in § 1113 Abs. 1 BGB. ist darin aber darüber nicht gesagt, wem die Hypothek nach erfolgter Bestellung zusteht. Dies ist allein der Vorschrift des § 1163 BGB. vorbehalten worden, die ihrerseits wieder keinerlei Aufschluß über die Zulässigkeit der Bestellung von Hypotheken gibt, weder hinsichtlich solcher für gegenwärtige noch solcher für zukünftige oder bedingte Forderungen. Die § 1113 BGB. und § 1163 BGB. sind keine sich gegenseitig ausschließende, sondern sich gegenseitig ergänzende Vorschriften. Daß dies sowohl für § 1113 Abs. 1 wie für § 1113 Abs. 2 BGB. Geltung hat, ist oben eingehend dargelegt. Auch Billigkeitsgründe, die dem Hypothekar schon vor der Auszahlung der Valuta ein nicht anders zu wahrendes Schutzbedürfnis zusprechen lassen würden, können hier zur Vertretung der gegenteiligen Meinung nicht angeführt

6) Staudinger § 1113, I 5b; § 1163, II 1a; RGR. Komm. § 1113, 7; Planck § 1116, 3a; Oertmann, Rechtsbedingung S. 189; Wolff § 145, I 1; Predari 334, 457; Gierke II 925; Endemann II, 1 § 115 Anm. 54; § 116 Anm. 27; Crome III § 464 Anm. 24; Gruch. B. 56, 1072; Ahsbahs in Iherings J. 06, 373; Herold in ZBlFG. 4, 695; KGJ. 49, 221; Heck § 84, III 3.

7) RG. 75, 222 u. 250; 78, 409; 120, 110.

8) Güthe — Triebel, 5. Aufl. S. 580.

werden. Bei einer Gegenüberstellung des Schutzbedürfnisses des Hypothekars und das des Grundstückseigentümers würde das letztere zweifellos überwiegen [9]), da der Eigentümer allein das Risiko trägt, wenn die Hypothek dem Hypothekar schon vor der Auszahlung der Valuta zugesprochen werden sollte und dann doch entgegen der vorherigen festen Erwartung das versprochene Darlehen nicht gegeben werden würde. Auch sind die Interessen des Hypothekars trotz Bejahung der ursprünglichen Eigentümergrundschuld hinreichend gesichert. Die Interessen des Hypothekars richten sich einmal gegen den Erwerb der Hypothek während der Uebergangszeit durch Dritte, zum anderen Male dagegen, daß der Grundstückseigentümer ihn durch eine Aenderung des Grundbucheintrages von seinen zukünftigen Gläubigerrechten ausschließen könnte. Diese dem Hypothekar drohenden Nachteile machen es aber keinesfalls erforderlich, ihm bereits vor der Auszahlung der Valuta ein freies Verfügungsrecht über die Hypothek durch Einräumung der sofortigen Gläubigerschaft zugestehen zu müssen. Vielmehr genügt hierzu der Schutz, der allein in dem rechtlichen Charakter der Eigentümergrundschuld vor der Hypothekvalutierung schon begründet ist [10]).

Weiter auf die Theorie der ursprünglichen Eigentümergrundschuld einzugehen, erscheint im Hinblick auf die Tatsache, daß heute wohl kaum ernsthaft die Richtigkeit dieser Ansicht bezweifelt wird und auch garnicht bezweifelt werden kann, als überflüssig.

c) Wir haben es also nach der rechtswirksamen Eintragung einer Hypothek für eine künftige Forderung mit dem merkwürdigen Zustande zu tun, daß zwar die Hypothek im Grundbuch als richtige Gläubigerhypothek erscheint, daß aber in Wirklichkeit das eingetragene Grundpfandrecht eine Eigentümergrundschuld ist. Ackermann [11]) nennt diesen Zustand eine „Zweiung von Buch- und Sachstand". Materiell ist also der Grundstückseigentümer der Grundpfandberechtigte, formell stehen an sich dem eingetragenen Hypothekar die Gläubigerrechte zu. Dies hat zur Folge, daß der eingetragene Hypothekar, obwohl er sachlich noch nicht berechtigt ist, mit dinglicher Wirkung an einen gutgläubigen Dritten über das eingetragene Grundpfandrecht wie über eine ihm bereits zustehende Hypothek verfügen kann (§ 892 BGB.). Der Buchstand begründet eben die Legitimation des eingetragenen Hypothekars zu derartigen Verfügungen als Nichtberechtigter [12]). Der gutgläubige Erwerber erlangt das eingetragene Grundpfandrecht, das materiell noch Eigentümergrundschuld war, als echte Gläubiger*hypothek* [13]). Da der gute Glaube beim Erwerb der Hypothek auch hinsichtlich der Forderung gilt (§ 1138 BGB.), ist die Ansicht [14]), daß hier das Grundpfandrecht vom gutgläubigen Erwerber nur als Fremd*grundschuld* erworben werde, nicht begründet.

Nachdem das Grundbuch bei der Eintragung der Hypothek für eine zukünftige Forderung vor deren Entstehung die wirkliche materielle Rechtslage nicht aufzeigt, müßte man den Inhalt des Grundbuchs eigentlich als „unrichtig" bezeichnen. Dieser Ausdruck wird aber den tatsächlichen Ver-

---

9) Heck § 84, III 3.
10) Hierauf wird unter I, 3 näher eingegangen werden.
11) Ackermann in Dt. Not. Z., 36. Jahrgg., S. 345.
12) RG. 137, 96.
13) so auch Thümmler in Dt. Not. Z., 36. Jahrgg., S. 766.
14) abzulehnen ist damit Ackermann a. a. O. S. 345.

hältnissen nicht gerecht. Das Grundbuch ist ja garnicht in der Lage, den Zustand offenkundig zu machen, der dadurch entsteht, daß einerseits dem Grundstückseigentümer das eingetragene Grundpfandrecht als Eigentümergrundschuld bis zur Valutierung zusteht, daß aber auch andererseits der Hypothekar durch die Auszahlung des versprochenen Darlehens jederzeit diesem Uebergangsstadium ein Ende bereiten und das Grundpfandrecht als Gläubigerhypothek erwerben kann. Würde man nämlich in das Grundbuch zuerst für den Grundstückseigentümer die Eigentümergrundschuld eintragen statt für den Hypothekar die Gläubigerhypothek, so würde daraus wieder nicht ersichtlich sein, daß es sich hier nicht um eine endgültige Eigentümergrundschuld im Sinne des § 1196 BGB. handelt, die nur auf dem Wege des § 1198 mit § 877 BGB. in eine Gläubigerhypothek umgewandelt werden könnte, sondern um eine Grundschuld, die mit der Valutierung ohne weiteres dem Gläubiger als Hypothek zufällt. Die Unfähigkeit des Grundbuches, während dieses Uebergangsstadiums mit der wirklichen Rechtslage inhaltlich vollkommen in Einklang zu stehen, kann aber nicht als „Unrichtigkeit" bezeichnet werden. Da der Gesetzgeber bei der Zulassung der Bestellung von Hypotheken für zukünftige Forderungen mit dieser Unzulänglichkeit des Grundbuches gerechnet haben muß, kann auch keinerlei Anlaß bestehen, wegen des Inhalts des Grundbuches während dieser Schwebezeit dem Grundstückseigentümer etwa einen „Berichtigungsanspruch" zugestehen zu wollen. § 894 BGB. kann hier überhaupt keine Anwendung finden. Ein Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB. entsteht für den Grundstückseigentümer vielmehr erst in dem Augenblick, in dem feststeht, daß die bisher bestimmt zu erwartende Valutierung überhaupt ausfallen wird. In diesem Augenblick ist dann aber auch der Schwebezustand beendet. Das eingetragene Grundpfandrecht fällt dem Grundstückseigentümer jetzt als endgültige Eigentümerhypothek zu. Gläubigerrechte kann der ursprüngliche Hypothekar an dem Grundpfandrecht durch eine etwa später doch noch erfolgende Valutierung nicht mehr erwerben, vielmehr wäre nun erst die Umwandlung gemäß § 1198 BGB. notwendig.

Die herrschende Meinung [15]) vertritt hier allerdings eine andere Ansicht. Sie unterstellt hier einfach, ohne auf die Unfähigkeit des Grundbuches, eine bessere Darstellung der wahren Rechtslage zu geben, näher einzugehen, daß durch die Eintragung der Hypothek das Grundbuch unrichtig wurde, „da die zu sichernde Forderung noch nicht entstanden ist" [16]). Dementsprechend wird hier auch dem Grundstückseigentümer ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches zugesprochen. Gleichzeitig muß dann aber zugegeben werden, daß die Eigentümergrundschuld durch die Grundbuchberichtigung in der Weise verstärkt werden würde, daß sie fortab nicht mehr von selbst in eine Fremdhypothek sich umwandeln könnte; sie bliebe Eigentümergrundschuld [17]). Daher könne der Grundstückseigentümer die Berichtigung doch nicht verlangen, wenn auf Seiten des als Hypothekar eingetragenen Gläubigers ein Recht auf Erwerb der Hypothek durch Valutierung bestehe [18]).

Es steht nun außer Zweifel, daß der eingetragene Hypothekar durch Valutierung der Hypothek diese ohne weiteres erwirbt, vorausgesetzt, daß

15) Planck § 1163 Anm. 3a; Wolff III, § 145, II; Ackermann a. a. O. S. 243; Obermair a. a. O. S. 660; Ehrenforth in JW. 1936 S. 3219; Heck § 84, III, 4.
16) Ackermann a. a. O. S. 243.
17) Wolff § 145, II.
18) RG. 77, 108; 75, 250 mit 78, 377.

eine wirksame Hypothekbestellung vorliegt. Wie ist es aber, wenn dem Hypothekar kein Recht auf Erwerb der Hypothek zusteht? Eine rechtswirksame Hypothekbestellung setzt bekanntlich eine Einigung zwischen Grundstückseigentümer und zukünftigen Hypothekar über den Eintritt der Rechtsänderung voraus, die durch die Belastung des Grundstücks beabsichtigt ist (§ 873 BGB.). Dieser dingliche (Verfügungs-)Vertrag ist allerdings ein an sich abstraktes Rechtsgeschäft, d. h. in seiner Wirksamkeit unabhängig von dem etwa zugrundeliegenden Schuldverhältnis. Es kann daher dem Hypothekar aus der dinglichen Einigung nicht ohne weiteres ein obligatorischer Anspruch auf Erwerb der Hypothek zugesprochen werden [19]). Allein bei der Hypothekbestellung wird besonders im Falle der Baugeldhypothek das dingliche Rechtsgeschäft wohl stets mit einem Kausalgeschäft durch (meist stillschweigende) Bedingungen verknüpft sein, so daß ohne Vorliegen eines Rechts auf Erwerb der Hypothek auch die dingliche Einigung als nicht zustandegekommen anzusehen ist. Eine derartige Bedingtheit auch des Verfügungsgeschäfts ist zulässig [20]). Damit ist dann auch eine wirksame Hypothekbestellung nicht zustandegekommen. Nach allgemein anerkannter Ansicht steht hier aber das eingetragene Grundpfandrecht nicht dem Eigentümer als Grundschuld zu. Die Eintragung ist einfach nichtig. Eine Berichtigung des Grundbuchs müßte daher nicht dahin stattfinden, daß augenblicklich noch das eingetragene Grundpfandrecht dem Eigentümer als Grundschuld zustehe, die Berichtigung müßte vielmehr die Löschung der Pfandrechtseintragung wegen Nichtigkeit zum Gegenstand haben [21]). Diese Berichtigung wäre dann sogar von Amts wegen vorzunehmen (§ 87 GBO.).

Es wird also in den meisten Fällen einer wirksamen Hypothekbestellung tatsächlich ein Recht des Hypothekars auf Erwerb der Hypothek vorliegen. Allein, dies kann hier nicht maßgebend sein! Es ist kein vernünftiger Grund einzusehen, warum dem Grundstückseigentümer überhaupt zuerst ein Berichtigungsanspruch hinsichtlich des im Grundbuch als Gläubigerhypothek erscheinenden Grundpfandrechtes während der Schwebezeit zugesprochen werden soll, wenn er ihn doch nie in der beabsichtigten Weise verwirklichen kann. Die „Berichtigung“ könnte doch nur dahin gehen, daß das eingetragene Grundpfandrecht dem Eigentümer vorläufig noch als Grundschuld zustehe. Die Eintragung eines bedingten Rechtes im Grundbuch ist aber nicht möglich [22]). Es muß daher bei der oben vertretenen und begründeten Ansicht verblieben werden, daß dem Grundstückseigentümer während der Schwebezeit überhaupt kein Berichtigungsanspruch zusteht, weil eben das Grundbuch garnicht „unrichtig“ [23]), sondern nur unfähig ist, den derzeitigen übergangshaften Charakter des im Grundbuch bereits als sofortige endgültige Gläubigerhypothek erscheinenden Grundpfandrechtes aufzuzeigen.

Hannecke [24]) glaubt nun anscheinend, daß auch das Reichsgericht eine ähnliche wie die oben dargelegte Ansicht sich zueigen gemacht habe, und vertritt dabei die Meinung, daß es kaum zu Recht geschehe, wenn das Reichsgericht dem Berichtigungsanspruch ebenfalls schon auf Grund der Bestellung und Eintragung der Hypothek den Erfolg versage. Das Wesen und der

---

19) Hannecke S. 22.
20) Eine Ausnahme ist nur § 925 Abs. 2 BGB.
21) Lent in Dt. Not. Z., 37. Jahrgg., S. 390.
22) RG. 75, 250.
23) Thümmler a. a. O. S. 768.
24) Hannecke S. 21.

Zweck der Grundbuchgesetzgebung erheische es doch gerade, einen Widerspruch zwischen materieller und formeller Rechtslage zu vermeiden. Dementsprechend kommt Hannecke zu dem Ergebnis, daß ein Einwand gegen den Berichtigungsanspruch nicht schon „in dem dinglichen Rechtsgeschäft, noch weniger in der bloßen Tatsache der Eintragung seinen Rechtsgrund" haben könne. Es sei vielmehr erforderlich, daß neben dem dinglichen Rechtsgeschäft noch eine besondere, wenn auch gegebenenfalls stillschweigende Vereinbarung getroffen sei, wonach der Grundstückseigentümer während der Schwebezeit auf eine Grundbuchberichtigung verzichte. Eine derartige Vereinbarung sei allerdings insbesondere immer dann zu unterstellen, wenn der künftige Hypothekengläubiger an der Aufrechterhaltung des Grundbucheintrags ein begründetes Interesse habe. Hannecke will hiermit aber eine Entscheidung des Reichsgerichts widerlegen, die offensichtlich garnicht in der angefochtenen Richtung gefällt worden ist. Die angegriffene Entscheidung des RG. [25]) behandelt nämlich nicht so sehr den etwaigen Berichtigungsanspruch des Grundstückseigentümers, sondern die Zulässigkeit der Eintragung der Eigentümergrundschuld zum Zwecke einer Verfügung über dieses Recht. Das RG. führt hierbei aus, daß „n e b e n dem Vermerk der Hypothek, die dazu bestimmt ist, mit der Entstehung der Forderung eine vollwertige Gläubigerhypothek zu werden, für die mit der Eintragung entstandene Eigentümergrundschuld, deren Bestimmung dahin geht, mit der Entstehung der Forderung zu erlöschen, im Grundbuch kein Raum ist". Das RG. trifft diese Feststellung lediglich im Hinblick auf das Erfordernis des § 39 GBO., der als Voraussetzung für eine dingliche Verfügung durch Eintragung im Grundbuch das vorherige Eingetragensein des Berechtigten fordert, dessen Recht durch sie betroffen wird. Diese Feststellung begründet das RG. damit, daß das Gesetz, indem es „die Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung vorsieht und mit der Eintragung des Vermerks dieser Hypothek eine durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld ins Leben treten läßt", gleichzeitig zum Ausdruck bringt, „daß während des Schwebens der Bedingung die Eigentümergrundschuld im Grundbuch nicht zur Darstellung zu kommen hat". Diese rechtspolitische Begründung dient dem RG. aber in seiner Entscheidung nur dazu, die Zulässigkeit der Eintragung n e b e n dem Vermerk der Hypothek zu verneinen. Der Berichtigungsanspruch aber, der von der herrschenden Meinung und auch von Hannecke dem Grundstückseigentümer an sich zuerkannt wird, hat aber offensichtlich im Sinne dieser Meinung nicht die Eintragung der Eigentümergrundschuld neben dem Vermerk der Hypothek, sondern die Eintragung der Eigentümergrundschuld an Stelle der Hypothek zum Inhalt. Würde nämlich der Berichtigungsanspruch lediglich die Eintragung der Eigentümergrundschuld neben der Hypothek verfolgen, so wäre garnicht einzusehen, warum dann die herrschende Meinung dem zukünftigen Hypothekar Einwendungen aus seinem Erwerbsrecht oder aus einem stillschweigenden Verzicht des Grundstückseigentümers auf Aenderung des Grundbuchinhalts während der Schwebezeit zugestehen zu müssen glaubt, da ja bei einer derartigen Eintragung (wenn er allerdings zulässig wäre) der tatsächliche Schwebezustand offenkundig gemacht und damit das Schutzbedürfnis des Gläubigers bereits hinreichend gesichert wäre.

---

25) RG. 75.250.

Die obigen Ausführungen dienten dazu, klarzustellen, warum bei der in der Arbeit vertretenen Ansicht der Verneinung eines Berichtigungsanspruchs des Grundstückseigentümers während der Schwebezeit nicht auf die zitierte RG.-Entscheidung zurückgegriffen werden konnte, obwohl hier wie dort aus einem anderen Grund die Aenderung des Inhalts des Grundbuchs während der Schwebezeit auf keinen Fall für zulässig erklärt wird als dem, daß dem Gläubiger ein Recht auf Nichtänderung des Grundbucheintrages zustehe. Eine Vertretung der dargelegten Ansicht, vor allem mit einer eingehenderen Begründung, scheint allerdings von anderer Seite, soweit bekannt, nicht vorzuliegen [26]).

2. Es ist in den vorhergehenden Darlegungen bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht worden, daß bei der Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung bis zur Valutierung ein eigenartiger Schwebezustand vorliegt. Dieser Zustand wird im Schrifttum [27]) und Rechtsprechung [28]) allgemein durch die Bezeichnung „vorläufige Eigentümerhypothek — bzw. -grundschuld" charakterisiert und diese als auflösend bedingtes Grundpfandrecht angesprochen [29]). Ackermann [30]) bringt dem gegenüber vor, daß diese auf die Vorschriften über Bedingungen hinweisenden Ausdrücke in zweifacher Weise unrichtig seien. Erstens liege überhaupt keine bedingte Verfügung vor und zweitens, wenn schon fälschlicher Weise von einer Bedingung gesprochen werde, so handle es sich nicht um eine echte Bedingung, sondern nur um eine sog. Rechtsbedingung. Ackermann geht davon aus, daß eine Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung von einer bedingten oder befristeten Hypothek unterschieden werden müsse. Letztere sei eine bedingte, erstere eine unbedingte Grundstücksbelastung, die nur ihrem Wesen nach, § 1163 Abs. 1 BGB. folgend, dahin bestimmt sei, daß das bestellte Grundpfandrecht vor der Forderungsentstehung Eigentümergrundschuld, nachher Hypothek sei. Die Bestimmung des § 1163 BGB. über die Rechtsnatur des durch unbedingte Verfügung bestellten Grundpfandrechts mache weder Verfügung noch Recht bedingt.

a) Es ist nun klar und allgemein unbestritten, daß die Bestellung einer Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung tatsächlich eine unbedingte Grundstücksbelastung darstellt. Wenn nun Ackermann glaubt, schon deshalb die im Schrifttum gebräuchliche Bezeichnung „auflösend bedingte Eigentümergrundschuld und aufschiebend bedingte Hypothek" als irreführend hinstellen zu müssen, so kann dem nicht beigestimmt werden. Man muß bei einer Hypothek streng zwischen der Bestellung des Grundpfandrechts und dessen Erwerb durch den Gläubiger unterscheiden. Wird eine Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt, so entsteht dadurch sofort eine Grundstücksbelastung, die ihrerseits unbedingt ist. Erworben wird die bestellte Hypothek durch den Gläubiger aber erst mit der Entstehung der Forderung, wobei im Falle der Bestellung einer Briefhypothek noch die Briefübergabe oder eines ihrer gesetzlichen Surrogate hinzukommen muß (§ 1163

---

26) Auch Thümmler a. a. O. S. 768 beschränkt sich auf eine bloße Feststellung.

27) Heck § 84, III 3; Wieacker § 24, III; Obermair a. a. O. S. 660; Thümmler a. a. O. S. 764; RGR. Komm. § 1113, 7; Ehrenforth a. a. O. S. 3219; Hannecke S. 14; Lent in Dt. Not. Z., 37. Jahrgg., S. 390.

28) RG. 75.251.

29) RG. 153.167.

30) Ackermann a. a. O. S. 345 ff.

Abs. 1 und 2 BGB.). Der Erwerb der Hypothek ist also von einem zukünftigen Ereignis abhängig gemacht. Bis zum Eintritt dieses Ereignisses steht nach § 1163, § 1177 BGB. das eingetragene Grundpfandrecht dem Grundstückseigentümer als Grundschuld zu. Der Bestand dieser Eigentümergrundschuld ist also ebenfalls vom Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig, und zwar dergestalt, daß die Eigentümergrundschuld, die ja nur das Uebergangsstadium bis zum endgültigen Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger verkörpert, mit dem Eintritt des Ereignisses ohne weiteres erlischt, während umgekehrt ebenfalls ohne weiteres der Gläubiger in demselben Zeitpunkt die Hypothek erwirbt. Aus diesem Grunde wird im Schrifttum die Eigentümergrundschuld als auflösend bedingtes Recht und der Hypothekübergang auf den Gläubiger als aufschiebend bedingter Rechtserwerb bezeichnet. Damit soll aber keineswegs gesagt sein, daß die Grundstücksbelastung selbst eine bedingte Verfügung darstelle. Daß dem nicht der Fall ist, geht schon daraus hervor, daß anerkanntermaßen auch beim endgültigen Feststehen des Nichtentstehens der Forderung hier dem Grundstückseigentümer eine endgültige Eigentümergrundschuld zusteht, während bei einer bedingten Hypothekbestellung beim Ausfall der Bedingung auch eine Eigentümergrundschuld nicht vorhanden ist, da ja die Hypothekbestellung selbst keine Rechtswirksamkeit erlangt hat.

Es wäre falsch, wenn man aus dieser Bezeichnung etwa entnehmen wollte, es solle damit gesagt sein, daß gleichzeitig mit der endgültigen Hypothek eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld bestellt werde. Dies soll damit keinesfalls zum Ausdruck gebracht werden. Die angefochtenen Bezeichnungen sollen nur andeuten, daß das unbedingt bestellte Grundpfandrecht zunächst vom Eigentümer als Grundschuld und hernach vom Gläubiger als Hypothek erworben wird.

b) Was allerdings den weiteren Einwand anbelangt, daß es sich hier jedenfalls nicht um echte, also rechtsgeschäftlich vereinbarte Bedingungen handle, sondern um gesetzliche Tatbestandsvoraussetzungen, sog. Rechtsbedingungen, so ist dies auch keineswegs verkannt worden, wenn trotzdem die Anwendung der Vorschriften über Bedingungen im BGB. auch für diesen Fall für zulässig erachtet worden ist. Der rechtsgeschäftliche Teil, der zum Erwerb der Hypothek führt, ist mit der Einigung und Eintragung im Grundbuch vollendet. Die Wirksamkeit des Hypothekenerwerbs hängt aber noch vom Eintritt einer Bedingung ab. Diese Bedingung ist allerdings vom Gesetzgeber selbst eingefügt und vom rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien unabhängig. Die Wirkung des Eintritts der Bedingung ist aber gleichwohl die nämliche wie die einer vom Parteiwillen gesetzten Bedingung, denn automatisch mit der Entstehung der Forderung erwirbt der Gläubiger die Hypothek, während der Eigentümer die bis dahin bestehende Eigentümergrundschuld verliert. Die Uebereinstimmung der durch eine rechtsgeschäftlich vereinbarten und einer gesetzlich eingefügten Bedingung geschaffenen Rechtslage ist also derart weitgehend, daß die unterschiedliche Urheberschaft der Bedingungssetzung dem gegenüber weit zurücktritt. Hier wie dort ist die Rechtswirkung vom Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängig. Bis zum Eintritt der Bedingung bzw. bis es feststeht, daß die Bedingung nicht eintritt, besteht ein Uebergangszustand, der vom Gesetz im Falle des Vorliegens einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Bedingung durch die Vor-

schrift des § 161 BGB. geregelt wird. Es besteht keinerlei Veranlassung, warum diese Vorschriften des BGB. nicht auch, zumindest analog, bei einer sog. Rechtsbedingung angewandt werden sollte. Die Nichtanwendbarkeit könnte sich nur aus dem Fehlen eines entsprechenden Rechtsschutzbedürfnisses ergeben. So steht Thümmler[31]) auf dem Standpunkt, daß der nach Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung und vor Entstehung dieser Forderung bestehende Rechtszustand garnicht nach den Grundsätzen der aufschiebenden oder auflösenden Bedingung beurteilt zu werden brauche. Der Gesetzgeber habe durch die für den Sonderfall ausdrücklich angewandte Rechtsbildung die Eigentümergrundschuld mit dem Valutierungsrecht des Hypothekengläubigers behaftet und damit zum Ausdruck gebracht, daß es sich hier nur um ein vorläufiges Recht handle. Hierdurch sei bereits die Stellung des zukünftigen Hypothekengläubigers doch soweit gestärkt, daß, wie bei einer auflösenden Bedingung, das Hypothekenrecht mit der Valutierung in der Hand des Hypothekars als endgültiges Recht entstehe. Aus der vom Gesetzgeber in § 1163 BGB. getroffenen Sonderregelung geht aber ebenso wenig wie aus der entsprechenden Grundbestimmung des § 158 BGB. hervor, welche Wirkung eine weitere Verfügung des Grundstückseigentümers über die bestellte Hypothek während des Uebergangsstadiums im Hinblick auf die Rechtsstellung des Gläubigers hat. Die Sonderregelung des Gesetzgebers im Falle einer Hypothekbestellung für künftige Forderungen wie die allgemeine Regelung des § 158 BGB. für Rechtsgeschäfte unter aufschiebender und auflösender Bedingung bestimmen lediglich, daß hier eine Rechtswirksamkeit automatisch mit dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses beginnen oder enden soll. Es ist daher wie für den Fall einer rechtsgeschäftlich gesetzten Bedingung auch für den einer sog. Rechtsbedingung eine dem § 161 BGB. entsprechende Regelung notwendig, da auch in diesem Fall das Interesse des Gläubigers unstreitig ein rechtsschutzwürdiges ist. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist daher die analoge Anwendung des § 161 BGB. praktisch wie rechtspolitisch unbedingt erforderlich. Das rechtsschutzwürdige Interesse, das dem rechtsgeschäftlich bedingt Berechtigten zugestanden wird, liegt doch im gleichen Maße auch bei dem gesetzlich bedingt Berechtigten vor. Dies ergibt sich schon aus der besonderen Rechtsstellung, die der Hypothekar nach der Eintragung der Hypothek einnimmt.

3. a) Der gesetzliche Tatbestand der Hypothekbestellung ist bereits erfüllt, der des Hypothekerwerbs durch den Gläubiger in seiner Vollendung bereits soweit über die bloße Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Erwirkung einer dinglichen Sicherung hinaus fortgeschritten, daß mit der Begründung der Forderung der eingetragene Hypothekar automatisch Hypothekengläubiger wird, ohne daß es erst noch der Uebertragung durch den Eigentümer bedürfte. Die Stellung des eingetragenen Hypothekars ist also bereits eine wesentlich andere als die vor der Eintragung der Hypothek in das Grundbuch, wo er nur gegebenenfalls ein rein persönliches Recht gegen den Eigentümer auf hypothekarische Sicherung seiner Forderung geltend machen konnte. Der Eigentümer hat über sein Grundstück bereits insofern kein unbeschränktes Verfügungsrecht mehr, als auch die mit der Bestellung der Hypothek zunächst entstehende Eigentümergrundschuld nur

31) Thümmler a. a. O. S. 765.

ein vorläufiges Recht des Eigentümers darstellt, das der eingetragene Hypothekar jederzeit durch Valutierung zum Erlöschen bringen kann. Der Hypothekar hat also bereits vor Begründung der Forderung eine gewisse Rechtsstellung, die dem noch in der Entwicklung begriffenen Hypothekengläubigerrecht entspricht. Diese Rechtsstellung ist eine Vorstufe des künftigen Vollrechts und wird von Oertmann[32]) treffend als „embryonaler Bestandteil des Vollrechts" bezeichnet, das „nicht minder aus dem Rechtsstoffe des Verfügers entstanden" sei, „als wenn dieser sofort ein volles Recht dem Erwerber übertragen oder bestellt hätte". Die verstärkte Rechtsstellung des Hypothekars und die geminderte des Eigentümers ergänzen sich jeweils. Was der Hypothekar durch die auf Grund des Hypothekenbestellungsvertrages erfolgte Eintragung der Hypothek in das Grundbuch über eine rein persönliche Forderung hinaus zu seiner Rechtsstellung hinzu gewonnen hat, ist dem Eigentümer genommen worden. Hatte der Hypothekar keinen schuldrechtlichen Anspruch auf Erwerb der Hypothek, so hat er durch die Eintragung doch immerhin nunmehr die Möglichkeit (wenn auch nicht das Recht) erhalten, durch Valutierung die Hypothek jederzeit zu erwerben. Diese Vorstufe des künftigen Vollrechts, die durch eine im alleinigen Willen des Gläubigers liegende Handlung (Valutierung) in das endgültige Hypothekenrecht jederzeit übergeleitet werden kann, wird wie alle Fälle einer derartigen stufenweisen Verwirklichung des dinglichen Tatbestandes und der damit gleichlaufenden Entwicklung der Rechtsverwirklichung von der Wissenschaft als Anwartschaft bezeichnet. Diese Bezeichnung deutet darauf hin, daß die „vom Willen des Eigentümers unabhängige Möglichkeit des Erwerbs"[33]) sich bereits derart verdichtet hat, daß ein Aufhalten der Entwicklung nicht mehr im Willensbereich des verfügenden Grundstückseigentümers gelegen ist.

Was die Natur dieser Anwartschaft anbelangt, so läßt sich diese durch die Bezeichnung „Rechtsanwartschaft" am besten charakterisieren. Es kommt dabei zum Ausdruck, daß wir es hier mit einer Vorstufe des künftigen Vollrechts zu tun haben, das sich zur Zeit noch in der Entwicklung befindet, und nicht mit einem selbständig bestehenden Recht, das mit dem endgültigen Vollrecht überhaupt nichts gemein hat. Aus letzterem Grunde wendet sich auch Oertmann mit Recht dagegen[34]), die Anwartschaft als ein „Anwartschaftsrecht" zu bezeichnen, da hierdurch der Irrtum erweckt werden könnte, daß es sich doch schon um ein tatsächlich selbständiges Recht handle.

b) Die obige Darlegung ergibt, daß der nach Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung und vor deren Valutierung bestehende Schwebezustand, während dem bereits dem eingetragenen Hypothekar eine Rechtsanwartschaft zusteht, vollkommen dem Rechtszustand gleichgelagert ist, der nach dem Parteiwillen durch die Abhängigmachung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes von einer Bedingung geschaffen ist. Die positive Regelung des § 161 BGB. ist daher aus dem Grundgedanken dieser Bestimmung heraus auch zugunsten des künftigen Gläubigers einer Hypothek entsprechend in Anwendung zu bringen, um diesem kraft seiner Anwartschaft Schutz dagegen zu gewähren, daß der belastete Grundstückseigentümer den Erwerb der Hypothek durch eine vor der Valutierung erfolgte weitere Verfügung an

32) Oertmann, Rechtsbedingung S. 121.
33) RG. in Gruch. B., Bd. 56 S. 1073.
34) Oertmann, Rechtsbedingung S. 121.

Dritte gegebenenfalls vereiteln könnte. Durch eine entsprechende Anwendung des § 161 BGB. wird der Gläubiger, der nur ein aufschiebend bedingtes Pfandrecht am Grundstück des Schuldners hat, mit dinglicher Wirkung davor bewahrt, daß ihm der Erwerb des Vollrechts trotz des Bedingungseintritts durch eine inzwischen von dem bis dahin noch auflösend berechtigten Grundstückseigentümer getroffenen weiteren Verfügung unmöglich gemacht wird. Alle Verfügungen des Eigentümers, die er in der Zeit bis zur Valutierung der das bereits bestehende Grundpfandrecht trifft, unterliegen somit derselben auflösenden Bedingung, die seinem Recht an dem Grundpfandrecht anhaftet, und zwar soweit, als sonst durch die Verfügung der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger verhindert werden würde.

Nun weist Hannecke[35]) darauf hin, daß außer der Tatsache, daß § 161 BGB. an sich nur Rechtsgeschäfte regeln will, die nach dem Willen der Parteien in ihrer Wirksamkeit von Bedingungen abhängig gemacht sind, auch noch ein weiterer Unterschied gegenüber dem Tatbestand des § 161 BGB. darin zu erblicken ist, daß dieser eine weitere Verfügung über denselben Gegenstand, über den bereits bedingt verfügt worden ist, betrifft, während die beiden Verfügungen des Grundstückseigentümers im Falle der Hypothek für eine künftige Forderung nicht denselben Gegenstand zum Objekt hätten. Bei der ersten sei nämlich Gegenstand das Grundstück, während von der zweiten Verfügung (Zwischenverfügung) das Grundpfandrecht betroffen werde, das mit dem Grundstück in keiner Weise zu identifizieren sei. Wenn Hannecke hierbei die sog. Wertparzellentheorie ablehnt, die allein Grundstück und Eigentümergrundpfandrecht als denselben Gegenstand erscheinen läßt, so ist ihm insoweit zuzustimmen, als sich der Einwand lediglich gegen die Wertparzellentheorie richtet[36]). Dagegen kann der Ansicht Hannecke's, es bestehe bei der Anwartschaft des zukünftigen Hypothekengläubigers gegenüber dem Tatbestand des § 161 BGB. insofern ein weiterer Unterschied, als die Verfügungen des Eigentümers nicht denselben Gegenstand betreffen, weil sie einmal das Gundstück, das andere Mal das Grundpfandrecht zum Objekt haben, nicht gefolgt werden. Nach dem Tatbestand des § 161 BGB. ist nur die weitere Verfügung über denselben Gegenstand, über den bereits aufschiebend bedingt verfügt worden ist, insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Nach der von Hannecke vertretenen Ansicht müßte demnach die Verfügung über das Grundstück, d. h. dessen Belastung, das aufschiebend

35) Hannecke S. 18.

36) Die Wertparzellentheorie stellt die Eigentümergrundschuld als eine bloß gläubigerfrei gewordene (für den Fall der vorläufigen Eigentümergrundschuld dann wohl entsprechend als eine erst zukünftig gläubigerbelastete) Eigentumsparzelle hin. Hiermit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß Grundstückseigentum und Eigentümergrundschuld zusammenfallen. Die rechtliche Ausgestaltung der Eigentümergrundschuld in §§ 1196, 1197 BGB. zeigt aber doch gerade, daß es sich bei der Eigentümergrundschuld um ein regelrechtes Gläubigerrecht handelt, das allerdings mit gewissen Beschränkungen vom Grundstückseigentümer ausgeübt wird. Folgendes kleines Beispiel zeigt wohl am klarsten die Haltlosigkeit der Wertparzellentheorie: wenn eine erste Hypothek eingetragen wird und hierauf eine zweite Hypothek und es wird dann die der ersten Hypothek zugrundeliegende Forderung zurückbezahlt, dann entsteht nach § 1163, § 1177 BGB. eine Eigentümergrundschuld. Stellt diese Eigentümergrundschuld zufolge der Wertparzellentheorie tatsächlich eine gläubigerfrei gewordene Eigentumsparzelle dar, so würde dies bedeuten, daß nunmehr der Hypothekar der zweiten Hypothek in die erste Gläubigerstellung vorrücken würde. Daß dem aber nicht so sein kann und vom Gesetzgeber auch nicht gewollt ist, zeigt deutlich die eigens getroffene Bestimmung des § 1179 BGB. (Löschungsvormerkung), die sonst jeglichen inneren Grundes entbehren würde. Vielmehr ist klar daran festzuhalten, daß auch die Eigentümergrundschuld (die vorläufige wie die endgültige) eine tatsächliche Grundstücksbelastung darstellt, nur mit der Abwandlung gegenüber der Fremdgrundschuld, daß der Eigentümer, obwohl er Gläubiger des Grundpfandrechts ist, nicht die Zwangsvollstreckung in sein eigenes Grundstück betreiben kann (§ 1197 BGB.).

bedingte dingliche Rechtsgeschäft sein. Davon ist aber nicht die Rede! Wie bereits dargelegt worden ist, bedeutet die Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung eine unbedingte Belastung des Grundstücks. Von einer aufschiebenden Bedingung (Valutierung) ist lediglich der Hypothekerwerb durch den Gläubiger abhängig. Die Verfügung über das Grundstück ist aber bereits durch die Bestellung der Hypothek erfolgt. Es kann also nicht die bedingte Verfügung, deren Schutz § 161 BGB. zum Gegenstand hat, mit der Verfügung des Eigentümers über das Grundstück gleichgestellt werden. Insofern muß also der Ansicht Hanneke's widersprochen werden. Der Unterschied zwischen dem vor der Valutierung der bereits eingetragenen Hypothek bestehenden Schwebezustand und demjenigen vor dem Bedingungseintritt im Sinne des § 161 BGB. ist also nicht darin zu sehen, daß die beiden Verfügungen des Eigentümers nicht denselben Gegenstand betreffen. Ein Unterschied ergibt sich aber daraus, daß § 161 BGB. die aufschiebend bedingte Verfügung des Verpflichteten über einen Gegenstand zur Voraussetzung hat, während der vor Entstehung der Forderung herrschende Schwebezustand bei einer Hypothekbestellung seine Ursache nicht in einer bedingten Verfügung des Grundstückseigentümers hat, sondern darin, daß trotz der unbedingten Verfügung der Rechtserwerb des Gläubigers noch von einer aufschiebenden Bedingung abhängig ist. Daß dieser Unterschied aber die analoge Anwendung des § 161 BGB. nicht ausschließen kann, darf wohl angenommen werden. Mit Hanneke[37]) ist das entscheidende Gewicht hier darauf zu legen, „daß die rechtlich schützenswerten Interessen in beiden Fällen durchaus wesensverwandt sind“.

c) Mit der analogen Anwendung des § 161 BGB. ist dem zukünftigen Hypothekengläubiger während der Schwebezeit ein vorzüglicher Schutz gegen einen Erwerb des Vollrechts durch Dritte gegeben, auf den er kraft seiner Rechtsanwartschaft Anspruch haben muß. Es ist nun allerdings fraglich, ob dieser Schutz des § 161 BGB. dem künftigen Hypothekengläubiger auf jeden Fall zusteht, und wenn, ob dann ohne weiteres schon mit Eintragung der Hypothek in das Grundbuch. Wie bereits betont, ist dem künftigen Hypothekengläubiger der Schutz durch entsprechende Anwendung des § 161 BGB. ausschließlich kraft seiner Anwartschaft zuzubilligen. Die Anwartschaft selbst setzt aber, wie bereits oben unter 3 a) dargelegt worden ist, wiederum voraus, daß der Tatbestand in seiner Entwicklung schon soweit fortgeschritten ist, daß eine im alleinigen Willen des Gläubigers gelegene Handlung die Rechtswirksamkeit des endgültigen Hypothekenrechts ohne weiteres herstellen kann. Es ist also eine Grundbedingung für das Vorhandensein der Anwartschaft des Gläubigers, daß der Erwerb der Hypothek nicht mehr vom Willen des Grundstückseigentümers abhängig ist. Nur dann kann von einer „Verdinglichung“ des bis dahin höchstens rein schuldrechtlichen Erwerbsanspruches des Gläubigers gesprochen werden, wie man die Natur der Anwartschaft des zukünftigen Hypothekars vielleicht auch charakterisieren könnte. Solange aber die Fortentwicklung des Erwerbstatbestandes noch im freien Belieben des belasteten Grundstückseigentümers gelegen ist, hat der zukünftige Hypothekengläubiger lediglich (unter Voraussetzung des Vorliegens einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung des Grundstückseigentümers) einen obligatorischen Anspruch auf Erwerb der Hypothek.

---

37) Hanneke S. 18.

Diese Frage wird vor allem dann akut, wenn es sich um die Bestellung einer Briefhypothek handelt, zu deren Erwerb außer der Entstehung der Forderung auch noch erforderlich ist, daß der Brief vom Grundstückseigentümer dem Gläubiger übergeben ist (§ 1117 BGB.). Letzteres kann auch durch die Aushändigungsvereinbarung des § 1117 Abs. 2 BGB. ersetzt werden. Ist in einem solchen Falle also die Hypothek für die zukünftige Forderung zwar bestellt, aber nicht auch zugleich der Hypothekenbrief dem zukünftigen Gläubiger übergeben worden, dann fehlt es außer dem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal der Forderungsentstehung auch noch an dem weiteren Tatbestandsmerkmal der Briefübergabe. Die herrschende Meinung [38]) steht nun auf dem Standpunkt, daß das Tatbestandsmerkmal der Forderungsentstehung und das der Briefübergabe nicht gleich zu behandeln sei. Während nämlich die Forderungsentstehung ausschließlich vom Willen des zukünftigen Gläubigers abhänge, liege die Briefübergabe ausschließlich in der Hand des Grundstückseigentümers. Der künftige Hypothekengläubiger könne zwar gegebenenfalls auf Grund eines obligatorischen Erwerbsanspruches die Uebergabe des Briefes vom Eigentümer verlangen. Es fehle hier aber doch noch eine besondere Rechtshandlung des Grundstückseigentümers, ohne die der Wirksamkeitstatbestand des Rechtserwerbs nicht erfüllt sei. Der Rechtsbegründungstatbestand sei allerdings mit der Hypothekbestellung bereits abgeschlossen. Der Eigentümer könne aber die ihm obliegende und zur Vollendung des Rechtserwerbstatbestandes erforderliche Handlung der Briefübergabe jederzeit verweigern. Der zukünftige Hypothekengläubiger könne dann seinen schuldrechtlichen Anspruch auf Erwerb der Hypothek und damit zunächst auf Uebergabe des hierzu nötigen Hypothekenbriefes zwar im Klagewege verfolgen, eine Rechtsanwartschaft im obigen dargelegten Sinne bestehe aber bis dahin noch nicht. Dies würde bedeuten, daß der zukünftige Hypothekengläubiger selbst dann, wenn er die Forderung zum Entstehen gebracht hätte, an dem Erwerb der Hypothek durch den Grundstückseigentümer verhindert werden könnte, indem dieser die Uebergabe des Briefes verweigert. Der zukünftige Hypothekengläubiger würde also, obwohl er bereits als Hypothekar in das Grundbuch eingetragen und auch persönlicher Gläubiger des Grundstückseigentümers geworden ist, trotzdem lediglich einen obligatorischen Anspruch auf die dingliche Sicherung seiner Forderung haben, der nicht einmal den Schutz der Rechtsanwartschaft genießen würde. Der Gläubiger (der persönlichen Forderung gegen den Grundstückseigentümer) würde somit genau so dinglich ungesichert dastehen, wie wenn die dingliche Einigung zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer auf Sicherheitsbestellung und deren Eintragung in das Grundbuch noch garnicht erfolgt wären.

Dies kann aber doch kaum der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Die Bestimmung des § 1117 BGB. soll doch ihrem Wesen nach den Grundstückseigentümer vor schädlichen Verfügungen des eingetragenen Hypothekars über die Hypothek bewahren, die dieser sonst auf Grund seines Rechtserwerbs mit endgültiger Wirkung gegen den Grundstückseigentümer auch schon vor Entstehung der Forderung vornehmen könnte. Aus dem gleichen Grunde heraus bestimmen auch die §§ 1144, 1154, 1155, 1160 BGB., daß nur der Inhaber des Briefes zur Verfügung über die Hypothek legitimiert sein soll. Durch die Regelung des § 1117 BGB. soll dem Grundstückseigen-

---

38) Planck § 1163, 5; Soergel § 1117, 1; Schneider S. 27; Hannecke S. 17.

tümer also lediglich ein Mittel in die Hand gegeben werden, es bei der Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung zu ermöglichen, daß die Entstehung der Forderung (z. B. durch Hingabe eines Darlehens) und der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger Zug um Zug erfolgen[39]), damit nicht der Hypothekar schon vor Entstehung der Forderung zur Verfügung über die Hypothek und zu deren Geltendmachung berechtigt ist. Daher bestimmt § 1117 BGB., daß der Hypothekar die Hypothek erst erwirbt, wenn ihm der Brief übergeben ist. Wem bis dahin die Hypothek zusteht, bestimmt ergänzend § 1163 BGB. Die Bestimmung des § 1117 bedeutet also in Verbindung mit § 1163 Abs. 2 BGB. für die Rechtsstellung des Grundstückseigentümers eine bedeutende Stärkung gegenüber der des Hypothekars. Es kommt in ihr der allgemein im bürgerlichen Recht vertretene Grundsatz zum Ausdruck, daß nur derjenige eine Leistung zu fordern berechtigt sein soll, der seinerseits die ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt hat. Darüber hinaus hat § 1117 BGB. Bedeutung auch für die Bestellung einer Hypothek für eine bereits bestehende Forderung. Hierbei besteht die Aufgabe des § 1117 BGB. darin, zu verhüten, daß das Recht und das das Recht verbriefende Papier in zweierlei Händen sich befindet. Daher soll der Hypothekar die Hypothek nur zusammen mit der Briefübergabe erwerben.

Nachdem somit die Aufgabe und Bedeutung des § 1117 BGB. klargelegt ist, erkennt man deutlich, daß im Falle der Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung der Zweck dieser Bestimmung in demselben Augenblick erreicht ist, in dem der Hypothekar nach erfolgter Grundbucheintragung die Forderung zum Entstehen bringt. Ein schutzwürdiges Interesse des Grundstückseigentümers, das es bis dahin zu wahren galt, besteht nicht mehr. Der eingetragene Hypothekar ist tatsächlich persönlicher Gläubiger des Grundstückseigentümers geworden. Es ist kein Grund einzusehen, warum der Grundstückseigentümer noch weiter den Rechten des Hypothekars die Anerkennung versagen können sollte. Der Eigentümer kann daher die Uebergabe des Briefes nicht mehr verweigern. Gegebenenfalls muß er vielleicht zur Uebergabe im Klagewege gezwungen werden. Jedenfalls aber ist der Hypothekerwerb nicht mehr von seinem Willen abhängig. Der Brief in der Hand des Grundstückseigentümers sollte lediglich dessen Schutz vor Verfügungen des Hypothekars mit Wirkung gegen den Eigentümer (an gutgläubige Dritte) dienen; darüber hinaus sollte die Rechtsposition des Grundstückseigentümers nicht verstärkt werden, insbesondere aber nicht dahin, den Hypothekar seinerseits nun trotz Entstehung der Forderung nachteiligen Verfügungen des Grundstückseigentümers über das bereits bestellte Grundpfandrecht auszuliefern. Dies wäre aber der Fall, wenn dem Hypothekar bis zur Uebergabe des Hypothekenbriefes lediglich obligatorische Ansprüche gegen den Eigentümer zustehen würden. Es muß daher aus billigem Rechtsempfinden heraus, das sich zudem auf den Grundgedanken des § 1117 BGB. stützen kann, dem Hypothekar zumindest von dem Augenblick an eine zur Rechtsanwartschaft verstärkte Rechtsstellung zugebilligt werden, wo er alles getan hat, was von seiner Seite zum Erwerb der Hypothek beizutragen war. Dies ist aber mit der Hingabe des Darlehens (der Entstehung der Forderung) bereits geschehen.

---

39) Prot. II, Bd. 3, S. 729.

Eine Anwartschaft schon lediglich auf Grund der Hypothekbestellung (Einigung und Eintragung) anerkennen zu wollen[40]), scheint aber zuweit gegangen. Solange der Hypothekar nicht seinerseits die Forderung zur Entstehung gebracht hat, kann er keinerlei rechtsschutzwürdiges Interesse geltend machen, seinen Anspruch auf Erwerb der Hypothek schon dingliche Wirkung in Form einer Anwartschaft zuerkennen zu müssen. Es würde hier auch gegen das Grundprinzip einer Anwartschaft verstoßen werden, daß nämlich ein Anspruch auf Rechtserwerb erst dann mit dinglicher Wirkung ausgestattet sein kann, wenn es ausschließlich in der Hand des Erwerbers liegt, den zum Rechtserwerb nötigen Tatbestand zu vervollständigen. Dies ist eben dann noch nicht der Fall, wenn der Grundstückseigentümer den Hypothekenbrief noch in Händen hat und ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, den Brief nur gegen Hingabe des Darlehens dem Hypothekar übergeben zu müssen.

Es ist also zusammenfassend festzuhalten, daß der zukünftige Gläubiger einer Briefhypothek eine Anwartschaft mit dem Schutz des § 161 BGB. nur dann auch schon vor Uebergabe des Briefes inne hat, wenn er nämlich seinerseits die Forderung zum Entstehen gebracht hat. Hier ist dann die Briefübergabe die aufschiebende Bedingung, von der der Hypothekenerwerb des Gläubigers abhängt, ohne dabei dem alleinigen Willen des Grundstückseigentümers zu unterliegen. Die Bedenken Schneiders[41]), daß man die Briefübergabe deshalb nicht als Bedingung behandeln dürfe, weil sie (im Gegensatz zur Forderungsentstehung) kein ungewisser, zukünftiger Umstand sei, erscheinen unbegründet. Man kann die Briefübergabe nicht deswegen schon als etwas Gewisses hinstellen, weil sich Eigentümer und Gläubiger über die Bestellung der Hypothek geeinigt haben. Mit derselben Begründung müßte man dann der Entstehung der Forderung (im Falle einer Buchhypothek bzw. bei einer Briefhypothek nach der Briefübergabe) die Eigenschaft einer Bedingung absprechen. Das Gegenteil ist aber, wie bereits angeführt, allgemein anerkannt. Auch das weitere Bedenken Schneider's, daß es sich bei der Briefübergabe im Falle einer Hypothek für eine zukünftige Forderung nicht um eine Suspensivbedingung handle, weil das Grundpfandrecht mit der Bestellung bereits entstanden sei, trifft nicht zu. Die Briefhergabe ist nicht ein Tatbestandsmerkmal der Grundpfandrechtsentstehung, sondern des Rechtserwerbs durch den Hypothekar.

Wenn daher für den vorliegenden Fall die Briefübergabe zweifelsohne als (Recht-) Bedingung ebenso wie die Forderungsentstehung angesehen werden kann, so muß auch der Auffassung von Bendix[42]) dahin gefolgt werden, daß ebenso, wie § 161 BGB. analog angewandt werden könne, auch § 162 BGB. Anwendung finden müsse. Bendix will damit erreichen, daß der Gläubiger in dem Falle, daß der Eigentümer wider Treu und Glauben die Uebergabe des Briefes verhindert und damit den Eintritt der suspensiv wirkenden Rechtsbedingung hintanhält, durch die Fiktion des § 162 Abs. 1 BGB. dennoch die Hypothek erwirbt. Die Briefübergabe soll hier also gewissermaßen als vorgenommen angesehen werden. Diese Rechtsauffassung findet sicher ihre Stütze in der Schlußfolgerung, daß man, wenn man schon die Vorschriften des BGB. über rechtsgeschäftliche Bedingungen auch auf

---

40) so Bendix in Seufferts Bl. 02 S. 535 ff.
41) Schneider S. 28.
42) Bendix a. a. O. S. 535 ff.

Rechtsbedingungen zur Anwendung bringe, hiervon § 162 BGB. nicht ausnehmen könne. Diese Schlußfolgerung kann auch nicht widerlegt werden. Es wird hier auch keineswegs übersehen, daß die Bestimmungen der §§ 158 ff. BGB. allgemeine Regeln über Bedingungen darstellen, die zurückweichen müssen, wenn eine Sonderregelung getroffen ist. Eine solche Sonderregelung stellt aber § 1117 BGB. nicht dar. Hier wird zwar ausdrücklich bestimmt, daß der Hypothekerwerb nur dadurch erfolgen kann, daß der Brief vom Eigentümer dem Gläubiger übergeben, bzw. eines der Rechtsverhältnisse der §§ 929 Abs. 1 S. 2, 930 oder 931 BGB. vereinbart oder aber der Gläubiger zur direkten Inempfangnahme des Briefes vom Grundbuchamt berechtigt wird. Diese Bestimmungen beruhen auf dem Gedanken, dem Gläubiger ein Besitzverhältnis an dem Brief zu verschaffen, das zwar nicht den tatsächlichen Besitz bedeuten muß, aber die Möglichkeit der jederzeitigen Erlangung des tatsächlichen Besitzes geben muß, da hiermit die Legitimation zur Verfügung über die Hypothek verbunden ist. Genügt nun nach § 1117 BGB. mit § 931 BGB. hierzu die Abtretung des Herausgabeanspruches hinsichtlich des Briefes gegen einen Dritten, so muß auch die Erlangung des Herausgabeanspruches genügen, wenn sie dadurch erfolgt, daß durch die Fiktion des § 162 BGB. der Brief als übergeben und damit die Hypothek vom Gläubiger als erworben angesehen wird, der Gläubiger also nach § 952 BGB. Eigentümer des Briefes geworden ist und als solcher diesen von Dritten herausverlangen kann.

Als Gesamtergebnis der obigen Darlegungen kann daher abschließend festgestellt werden, daß, ausgehend von dem Grundsatz, daß eine Anwartschaft erst dann bestehen kann, wenn der Rechtserwerb nicht mehr vom Willen des Verfügenden abhängt, bei einer Buchhypothek für eine künftige Forderung der Gläubiger eine dem Schutz des § 161 BGB. unterliegende verdinglichte Stellung sofort nach der Eintragung in das Grundbuch einnimmt, bei einer Briefhypothek dagegen erst dann, wenn vor der Forderungsentstehung der Brief bereits übergeben ist oder aber zwar der Brief noch nicht übergeben, dafür aber die Forderung bereits zur Entstehung gebracht worden ist. Ist nämlich vor der Forderungsentstehung bereits der Brief an den Hypothekar übergeben worden, dann hängt der Hypothekenerwerb allein davon ab, daß der Hypothekar die Valuta auszahlt. Dasselbe gilt aber auch, wenn zwar der Brief noch nicht übergeben worden, dafür aber die Valutierung bereits erfolgt ist. Auch hier ist der Hypothekenerwerb nicht mehr vom Willen des Grundstückseigentümers beeinflußbar, da dieser dem Verlangen des Hypothekars auf Uebergabe des Briefes nicht mehr den Einwand entgegensetzen kann, es sei ja die Valuta noch nicht ausgezahlt worden.

II. Materiell-rechtliche Zulässigkeit der Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld.

Das dem Eigentümer vor Valutierung, bzw. nach zwar erfolgter Valutierung, aber vor Briefübergabe noch zustehende Grundpfandrecht, welches als ursprüngliche, auflösend bedingte Eigentümergrundschuld charakterisiert worden ist, soll nunmehr nach der Aufgabenstellung dieser Arbeit daraufhin untersucht werden, ob seine Uebertragung an einen Zwischenkreditgeber zum Zwecke der eingangs geschilderten Bauzwischenfinanzierung auch möglich ist. Es ist hierbei zu berücksichtigen, ob nicht aus dem materiellen Recht Bedenken gegen eine derartige Zession vorliegen.

Die Rechtslage, die im Augenblick einer wünschenswert erscheinenden Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber besteht, ist auf Grund der bisherigen Erörterungen dahin zu bestimmen, daß die Hypothek im Grundbuch für den zukünftigen Gläubiger zwar eingetragen ist, daß also im Grundbuch der zukünftige Gläubiger bereits als berechtigter Hypothekar erscheint, während in Wirklichkeit der als Berechtigter Eingetragene noch gar keine Gläubigerrechte erworben hat. Die Hypothek ist mit der Bestellung zwar bereits entstanden (§ 1113 Abs. 2 BGB.). Sie steht aber noch dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 1 S. 1 BGB.). Aus § 1177 BGB. geht hervor, daß das Grundpfandrecht solange nicht als Hypothek, sondern als Grundschuld anzusehen ist. Wenn hierbei in § 1177 BGB. der Ausdruck „so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld" gebraucht wird, so trifft diese Fassung zumindest für den vorliegenden Fall nicht zu[43]). Wie dargetan, entsteht durch die Eintragung einer Hypothek in das Grundbuch für eine zukünftige Forderung ein Grundpfandrecht, das dem Eigentümer von Anfang an zusteht. Es kann daher auch von einer Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Person nicht gesprochen werden, da eine Trennung bisher noch nicht vorgelegen hat. § 1177 BGB. geht offensichtlich nur von dem Fall aus, daß eine Hypothek nach erfolgter Zurückzahlung des Darlehens dem Grundstückseigentümer zufällt. Hier hat das Grundstückseigentum und die Hypothekberechtigung zuvor in verschiedenen Händen gelegen. Das soll natürlich nicht bedeuten, daß § 1177 BGB. nicht auch zutrifft für den Fall, daß das Grundpfandrecht zuerst dem Grundstückseigentümer zusteht und dann erst durch Valutierung (und Briefübergabe) vom Gläubiger erworben wird. Genau so wie § 1163 BGB. nur davon spricht, daß „die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist" und doch auch den Fall einbegreift, daß die Valutierung „noch nicht" erfolgt ist, so gilt § 1177 BGB. nicht nur für den Fall, daß Eigentum und Grundpfandrecht wieder in einer Person zusammentreffen, sondern auch für den, daß eine Trennung noch gar nicht stattgefunden hat. Die Bestimmung des § 1177 BGB. will ja nur zum Ausdruck bringen, daß der Eigentümer an seinem Grundstück keine Hypothek haben oder erwerben kann, da diese begriffsgemäß eine persönliche Forderung voraussetzt. Der Ausdruck „verwandelt sich . . . in eine Grundschuld" ist hier mehr im Sinne einer Benennung zu verstehen, aus der hervorgehen soll, wie das Grundpfandrecht rechtlich zu behandeln ist.

1. Der Eigentümer ist also zunächst Berechtigter eines Grundpfandrechtes, das als Grundschuld zu behandeln ist. Der bereits eingetragene Hypothekar ist aber keinesfalls, wie wir gesehen haben, während dieser Zeit völlig rechtlos. Er hat vielmehr außer seinem allenfallsigen schuldrechtlichen Anspruch auf Erwerb der Hypothek unter den oben in Absatz I, 3 c dargelegten Voraussetzungen sogar eine Anwartschaft auf den Rechtserwerb, also bereits eine gewisse dinglich gesicherte Rechtsstellung, die er jederzeit in die Stellung eines vollberechtigten Hypothekengläubigers überleiten kann. Diese Anwartschaft gewährt dem zukünftigen Hypothekengläubiger den Schutz des § 161 BGB., der, wie wir gesehen haben, hier entsprechend zur Anwendung gebracht werden muß, und Verfügungen des Eigentümers über das ihm zur Zeit noch zustehende Grundpfandrecht insoweit unwirksam macht, als der

43) Heck § 83, 9 bezeichnet den Ausdruck „verwandelt sich" überhaupt in jedem Falle als irreführend.

Hypothekenerwerb des Gläubigers hierdurch beeinträchtigt werden würde. Allein dies bedeutet keinenfalls, daß sich der Eigentümer nun überhaupt jeder Verfügung über die ihm zustehende vorläufige Eigentümergrundschuld enthalten müßte, sobald sich die zunächst höchstens persönlich wirkenden Forderungsrechte des zukünftigen Gläubigers zur Anwartschaft verstärkt haben. Im Gegenteil! § 161 BGB. setzt geradezu voraus, daß Verfügungen des Eigentümers in der Schwebezeit zulässig sind. Sie werden nur in ihren Wirkungen beschränkt. Die Anwartschaft des zukünftigen Hypothekengläubigers steht also einer derartigen Verfügung des Eigentümers keinesfalls entgegen.

2. Auch sonst ist nichts ersichtlich, was vom materiell-rechtlichen Standpunkt aus die Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber als ein seinem Inhalt nach unzulässiges Rechtsgeschäft erscheinen lassen könnte. Das Reichsgericht betont dies ausdrücklich und führt dabei aus [44]), daß auch formell-rechtliche Schwierigkeiten, die möglicherweise der Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld entgegenstehen könnten, die materiell-rechtliche Zulässigkeit dieses Rechtsgeschäftes nicht beeinflussen können. Sollten also z. B. grundbuchrechtliche Vorschriften der Durchführung der Uebertragung entgegenstehen, was später noch untersucht werden soll, so bedeutet dies in keiner Weise, daß damit auch vom materiell-rechtlichen Standpunkt aus die Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld als ausgeschlossen, d. h. als inhaltlich unzulässig angesehen werden müßte. Das Reichsgericht [45]) hat bereits in früheren Entscheidungen das Bestehen eines Verfügungsrechtes über die vorläufige Eigentümergrundschuld anerkannt. Allerdings ist man dabei anfangs zunächst von der Pfändbarkeit der bei Höchstbetragshypotheken solange bestehenden auflösend bedingten Eigentümergrundschulden ausgegangen, als die gesicherte Forderung noch nicht entstanden und endgültig festgestellt ist. Allein die Rechtslage bei Höchstbetragshypotheken und bei Hypotheken für zukünftige Forderungen ist im wesentlichen die gleiche. Auch der Rechtsvorgang bei der Pfändung eines Rechts durch einen Gläubiger und der Uebertragung des Rechts durch den Schuldner stimmt weitgehend überein. Ersteren könnte man als zwangsweise, letzteren als freiwillige Verfügung bezeichnen. Es besteht daher kein Anlaß, die über die Zulässigkeit der Pfändung getroffenen Entscheidungen nicht gleichzeitig auch für die Zulässigkeit der Uebertragung heranziehen zu dürfen. Man muß sich hier vergegenwärtigen, daß die dem Eigentümer während der Schwebezeit zustehende Eigentümergrundschuld einen bedeutenden Vermögenswert darstellt, den zu verwerten der Eigentümer natürlich dringend wünscht. Es handelt sich zudem hierbei um ein gegenwärtiges, also bereits jetzt dem Eigentümer gehöriges, wenn auch auflösend bedingtes Recht. Dieses ist genau durch den Inhalt der in das Grundbuch bereits eingetragenen Hypothek bestimmt. Bedenken [46]), wie sie

---

44) RG. 120, 110 = JW. 1928, 1494.

45) RG. 61, 374; 72, 276; 75, 221; 75, 250.

46) Während nämlich die h. M. (RG. 51, 115; 55, 334; 56, 14; 97, 226; JW. 1904, 365[10]; AW. 1932, 3191[10]) die Zulässigkeit der Uebertragung auch der erst zukünftig entstehenden Eigentümergrundschuld (z. B. für den Fall der Forderungsablösung) bejaht, weil es sich um ein Recht handle, das seine Grundlage in einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis habe, werden nicht völlig unbegründete Einwendungen dahingehend gemacht, daß eine doch immerhin recht ungewisse Aussicht auf Erwerb eines derzeitig noch fremden Rechtes nicht schon als vermögenswertes Recht angesehen werden kann, das in das Vermögen eines anderen übertragbar sei (so RGR. Komm. § 1163, 3; Staudinger § 1163, I, 5).

bei der Uebertragung einer erst künftigen, nur möglicherweise entstehenden Eigentümergrundschuld gegeben sind, können hier also außer Acht gelassen werden.

Es sei hier noch bemerkt, daß zur Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld natürlich nicht etwa die Einwilligung des eingetragenen Gläubigers erforderlich ist, da ja nicht über dessen erst zukünftig noch zu erwerbendes Hypothekenrecht, sondern über das gegenwärtige Recht des Grundstückseigentümers verfügt wird [47]).

III. Die abgetretene vorläufige Eigentümergrundschuld als dingliche Sicherung.

Wenn nach den obigen Darlegungen auch keine materiell-rechtlichen Einwendungen gegen die Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber zum Zwecke der Zwischenfinanzierung bestehen, so ist damit natürlich noch keineswegs gesagt, daß das übertragene Recht auch tatsächlich zu dem beabsichtigten Zwecke brauchbar ist. Es darf hierbei natürlich nicht nur das Interesse des verfügenden Grundstückseigentümers beachtet werden, es ist vielmehr ebenso auf den zukünftigen Hypothekengläubiger Rücksicht zu nehmen, der gegebenenfalls durch eine derartige Verfügung geschädigt werden könnte.

1. Wir haben gesehen, daß das bei Eintragung der Hypothek dem Eigentümer zustehende Grundpfandrecht durch den Erwerb der Hypothek seitens des Hypothekars auflösend bedingten Charakter trägt, sodaß also die Gläubigerrechte des eingetragenen Hypothekars durch die vorläufige Eigentümergrundschuld nicht beeinträchtigt werden. Behält nun aber die vorläufige Eigentümergrundschuld bei ihrer Uebertragung an den Zwischenkreditgeber ihren auflösend bedingten Charakter bei oder wird ihr Wesen dadurch derart geändert, daß der Erwerb der Hypothek durch einfache Valutierung seitens des Hypothekars fortan nicht mehr möglich ist? Ackermann [48]), der ebenfalls dem Eigentümer die volle materielle Verfügungsfähigkeit hinsichtlich der vorläufigen Eigentümergrundschuld zubilligt, vertritt die Ansicht, es würde durch eine rechtswirksame Verfügung über das vorläufige Grundpfandrecht eine derartige Erstarkung dieses Rechtes erfolgen, „daß es als nunmehr endgültiges Pfandrecht einem Dritten, dem gegenüber der Gläubiger kein Erwerbsrecht hat, zusteht, daher durch nachträgliche Valutierung keine Gläubigerhypothek mehr entstehen kann.“ Nach Ackermann erwirbt also der Dritte als Rechtsnachfolger des Eigentümers dessen bisheriges vorläufiges Grundpfandrecht als nunmehr endgültige Fremdgrundschuld. Diese Ansicht beruht zunächst im wesentlichen auf der bereits erwähnten ablehnenden Haltung Ackermann's gegenüber dem Bestehen einer Rechtsanwartschaft des Hypothekars während der Schwebezeit, während er aber andererseits zugibt, daß der schuldrechtliche Erwerbsanspruch des Gläubigers als gewissermaßen verdinglicht anzusehen sei. Da Ackermann die Anwendbarkeit des § 161 BGB. auch in Rechtsanalogie auf das während der Schwebezeit bestehende Rechtsverhältnis abstreitet, weil eine bedingte Verfügung nicht vorliege, kommt er zu dem Schluß, daß der Eigentümer, da auch kein Veräußerungsverbot bestehe, ohne jegliche Beschränkung über sein vorläufiges Bestellerpfandrecht solange verfügen könne, als es nicht durch Forderungsentstehung Fremd-

47) Ackermann a. a. O. S. 345.
48) Ackermann a. a. O. S. 243.

hypothek geworden ist. Die seiner Ansicht entgegenstehenden Ausführungen Obermair's [49]) und Dehne's [50]), die auch darauf hinweisen, daß vom wirtschaftlichen Standpunkt aus die Bestellung von Hypotheken für künftige Forderungen schlechterdings in Frage gestellt sein würde, wenn jede Abtretung die Valutierbarkeit zerstöre, weist Ackermann mit dem an sich richtigen Bemerken zurück, daß auch die Wirtschaft auf den Sicherungswert einer Rechtsmaßnahme bedacht sein müsse. Der Sicherungswert werde aber lediglich von rechtlichen Gesichtspunkten bestimmt [51]). Diese aber sprächen für die von ihm vertretene Ansicht. Es diene doch wohl kaum dem Zweck des Gesetzes, eine Verwertung dieses vorläufigen Rechtes als abstraktes Kreditmittel zu begünstigen. Vielmehr deute alles darauf hin, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld durch eine Verfügung (auch durch eine bedingte Verfügung) ihren vorläufigen Charakter verliere und zum endgültigen Pfandrecht werde. Die vom BGB. in Kauf genommene Zweiung von Buch- und Sachstand im Fall der Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung dürfe nicht über den positiven Rahmen hinaus begünstigt und durch Verwendung des vorläufigen, aus dem Grundbuch nicht ersichtbaren Rechts eine Verschleierung der Belastungsverhältnisse ermöglicht werden.

Diese rechtspolitischen Bedenken Ackermann's sind an sich zutreffend. Die Verwendung der vorläufigen Eigentümergrundschuld zur Krediterlangung ist wegen der damit verbundenen Unklarheit der tatsächlichen rechtlichen Verhältnisse insbesondere für Außenstehende eine nicht sehr wünschenswerte Erscheinung. Nun ist aber die Einrichtung der vorläufigen Eigentümergrundschuld einmal vom Gesetz vorgesehen. Es geht daher nicht an, ihre vom rechtspolitischen Standpunkt aus vielleicht unerfreuliche Verwendung im Wege der Uebertragung an Dritte dadurch hindern zu wollen, daß man erklärt, durch die Abtretung des vorläufigen Grundpfandrechts ginge der auflösend bedingte Charakter verloren und der Zessionar erhalte ein Vollrecht. Eine derartige Auslegung dürfte sich nur auf rein rechtliche Begriffsbestimmungen stützen. Diese aber sprechen im Falle der vorläufigen Eigentümergrundschuld gegen die Auffassung Ackermann's. Ganz abgesehen davon, daß es nicht richtig ist, daß zwar während des Schwebezustandes für den zukünftigen Gläubiger ein verdinglichter Erwerbsanspruch auf die Hypothek bestehe, daß aber hierdurch noch keine dem Schutz des § 161 BGB. unterstellte Anwartschaft geschaffen sei, so muß bereits die Erkenntnis, daß das dem Eigentümer zustehende Grundpfandrecht unter der auflösenden Bedingung der Valutierung steht [52]), zumindest die Anschauung Ackermann's als unwahrscheinlich erscheinen lassen. Im bürgerlichen Recht ist der Grundsatz allgemein anerkannt, daß niemand mehr Recht übertragen kann, als er selbst innehat: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Dies bedeutet mit anderen Worten, „daß ein bestehendes Recht nur so übertragen werden kann, als es sich in der Hand des Abtretenden darstellt“ [53]). Dieser Grundsatz ist eben durch die Regelung des § 161 BGB. offenkundig gemacht. Daher ist es notwendig, sich bei der Anführung dieses Grundsatzes auf die Bestimmung des § 161 BGB. zu berufen. Da aus der gesetzlichen Regelung

49) Obermair a. a. O. S. 659 ff.
50) Dehne in Dt. Not. Z., 36. Jahrgg., S. 664 ff.
51) Ackermann a. a. O. S. 670 ff.
52) Ackermann a. a. O. S. 243 und 345 erkennt dies selbst an.
53) Thümmler a. a. O. S. 767.

klar hervorgeht, daß der Eigentümer mit der Valutierung der Hypothek ohne weiteres das ihm bis dahin seit der Eintragung der Hypothek in das Grundbuch zustehende Grundpfandrecht verliert, so kann der Eigentümer auch nur ein solches „mit der Möglichkeit des automatischen Wegfalls belastetes" Recht[54]) übertragen. Der Zessionar erwirbt also das Recht „mit dem gleichen Inhalt, wie es der Eigentümer gemäß § 1163 Abs. 1, S. 1 besaß, d. h. als vorläufige Grundschuld, solange nicht die Nichtvalutierung endgültig feststeht"[55]).

Die vorläufige Eigentümergrundschuld behält also auch nach ihrer Uebertragung an den Zwischenkreditgeber ihren durch die Valutierung auflösend bedingten Charakter bei. Wird daher während der Schwebezeit das vorläufige Grundpfandrecht durch den Eigentümer auf den Zwischenkreditgeber übertragen und darnach dann die Valuta vom Hypothekar ausgezahlt, dann erlischt das Grundpfandrecht in der Person des Zwischenkreditgebers genau so, wie dies ohne Abtretung in der Person des Grundstückseigentümers der Fall gewesen wäre. Statt dessen erwirbt nunmehr der eingetragene Hypothekar als berechtigter Hypothekengläubiger das Grundpfandrecht als echte Gläubigerhypothek. Diese ist ein wirkliches Vollrecht.

Diese Auffassung entspricht allein dem berechtigten Interesse des eingetragenen Hypothekars auf Erwerb der Hypothek. Hat man einmal anerkannt, daß der zukünftige Gläubiger schon während der Schwebezeit unter den bereits besprochenen Voraussetzungen eine über den gewöhnlichen schuldrechtlichen Erwerbsanspruch hinausgehende, gewissermaßen verdinglichte Stellung innehat, dann muß man folgerichtig zu dem Schluß kommen, daß eben eine an sich materiell-rechtlich zulässige Verfügung des Eigentümers über die vorläufige Eigentümergrundschuld nur die Wirkung haben kann, daß dadurch der Erwerb der Hypothek durch den Hypothekar nicht ausgeschlossen wird und daß das übertragene Grundpfandrecht in der Hand des Zwischenkreditgebers im gleichen Umfang erlischt, wie es dies in der Hand des Eigentümers getan hätte.

2. Die sich notwendigerweise hieraus ergebende teilweise Unsicherheit des übertragenen Grundpfandrechtes für die dingliche Sicherung des Zwischenkredits insbesondere für den Fall, daß durch die Auszahlung der Hypothekenvaluta das Recht in der Hand des Zwischenkreditgebers erlischt, macht es natürlich notwendig, zur Sicherung noch weitere Hilfsmöglichkeiten heranzuziehen. Diese finden sich vor allem in der Abtretung des dem Grundstückseigentümer gegen den zukünftigen Hypothekengläubiger zustehenden Anspruchs auf Hingabe des versprochenen Darlehens. Die Zession dieses Anspruchs erfolgt auf dem Wege eines formlosen Vertrages zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Zwischenkreditgeber (§ 398 BGB.). Damit ist erreicht, daß der Zwischenkreditgeber bei Auszahlung der Valuta direkt durch den Hypothekar hinsichtlich seiner Forderung gegen den Grundstückseigentümer befriedigt wird.

Daß auch hierdurch eine tatsächliche Valutierung der Hypothek stattfindet mit derselben Wirkung, als wenn die Valuta an den Grundstückseigentümer selbst ausgezahlt worden wäre, ist selbstverständlich, wenn man sich den rechtlichen Vorgang vergegenwärtigt. Der eingetragene Hypothekar erwirbt

---

54) Lent in Dt. Not. Z., 37. Jahrgg., S. 390.
55) Ehrenforth in JW. 1936 S. 3219 ff.

die Hypothek im gleichen Augenblick, in dem er die Forderung gegen den Grundstückseigentümer zum Entstehen gebracht hat, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt worden ist. Da für die Art und Weise, in welcher die Forderung gegen den Eigentümer zur Entstehung gebracht werden soll, im Gesetz keine Schranken gesetzt sind [56]), so kann die Valutierung ohne weiteres auch durch Auszahlung der Valuta an den Zwischenkreditgeber auf Grund der Zession erfolgen. Es ist aber hier zu beachten, daß der Anspruch, der sich aus dem Versprechen des Hypothekars auf Hingabe des Darlehens (Darlehensvorvertrag) ergibt, an sich zu den nicht übertragbaren Forderungen im Sinne des § 399 BGB. gehört wie regelmäßig alle Ansprüche aus Vorverträgen [57]). Es kann aber natürlich durch ein besonderes Uebereinkommen zwischen dem zukünftigen Hypothekengläubiger und dem Grundstückseigentümer vereinbart werden, daß der Zwischenkreditgeber den Anspruch auf Zahlung der Valuta mit der Wirkung erhalte, daß der Grundstückseigentümer dafür Darlehensschuldner werde [58]). Daß eine solche Vereinbarung natürlich nicht ausdrücklich getroffen zu werden braucht, ist selbstverständlich, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß dies stillschweigender Inhalt der bei der Hypothekbestellung getroffenen Abreden gewesen war. Bei den Baugelderverträgen wird dies zwar meist anzunehmen sein, doch empfiehlt es sich, der Klarheit halber eine derartige Vereinbarung in den Hypothekenbestellungsvertrag gleich mit aufzunehmen. Die Abrede kann aber auch später noch getroffen werden. Für sie gilt keine besondere Formvorschrift, obwohl es sich um eine Abänderung der Valutierungsbedingungen handelt. Diese sind aber nicht Inhalt der dinglichen Einigung über die Hypothenbestellung und werden daher auch im Grundbuch nicht vermerkt.

Die über die Abänderung der Valutierungsbedingungen getroffene Vereinbarung hat gleichzeitig zur Folge, daß nunmehr durch Zahlung der Valuta an den Grundstückseigentümer — also entgegen den geänderten Valutierungsbedingungen — die Hypothek nicht mehr rechtswirksam valutiert werden kann. Der Zwischenkreditgeber behält daher bei einer derartigen vereinbarungswidrigen Auszahlung der Valuta an den Eigentümer das ihm übertragene vorläufige Grundpfandrecht [59]).

Eine unter den geschilderten Voraussetzungen erfolgte Auszahlung der Valuta an den Zwischenkreditgeber bewirkt also, daß der Grundstückseigentümer Darlehensschuldner des eingetragenen Hypothekars wird und letzterer somit die Hypothek erwirbt. Gleichzeitig erlischt damit das dem Zwischenkreditgeber übertragene vorläufige Grundpfandrecht. Dies ist aber für den Zwischenkreditgeber nunmehr ohne Belang, da er ja wegen seiner Forderung gegen den Grundstückseigentümer befriedigt ist. Erfolgt dagegen die Valutierung nicht, fällt also die Bedingung aus, von der der Bestand der vorläufigen Eigentümergrundschuld auflösend bedingt abhängig war, dann wird das bedingte Recht zum unbedingten. Der Zwischenkreditgeber wird somit Gläubiger einer endgültigen Fremdgrundschuld und hat damit wegen seiner Darlehensforderung an den Grundstückseigentümer eine dingliche Sicherung, die ihm nicht mehr durch Dritte entzogen werden kann.

---

56) RG. 106, 139.
57) RG. 66, 361; 68, 365; JW. 08, 676; 09, 309; 10, 747.
58) Fischer-Henle, § 610 Anm. 1 mit den dort angeführten Entscheidungen.
59) Ehrenforth in JW. 1936 S. 3219 ff.

Es hat sich somit ergeben, daß die Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber vom materiell-rechtlichen Standpunkt aus das Interesse sämtlicher Beteiligter berücksichtigt. Da, wie eingehend dargelegt worden ist, ja nur ein bereits gesetzlich auflösend bedingtes Recht übertragen wird, das nach der Valutierung insoweit seine Wirkung verliert, als es dem Erwerbsrecht des Hypothekars entgegensteht, so ist es keinesfalls erforderlich, daß die Uebertragung selbst noch für sich unter die auflösende Bedingung des Hypothekenerwerbs gestellt werden müßte, wie dies verschiedentlich als notwendig angesehen wird[60]). Der Zwischenkreditgeber kann ja sowieso das Recht nicht über den Zeitpunkt des Hypothekenerwerbs hinaus behalten.

3. Allerdings gilt auch hier die Ausnahme, daß ein gutgläubiger Dritter ein Vollrecht erwerben kann, obwohl dem Verfügenden selbst nur ein bedingtes Recht zusteht (§ 161 Abs. 3 BGB.). Der gutgläubige Erwerb der auflösend bedingten (vorläufigen) Eigentümergrundschuld ist aber praktisch nicht denkbar. Die vorläufige Eigentümergrundschuld kommt im Grundbuch nicht zur Erscheinung. Jeder, der eine nicht eingetragene Grundschuld erwirbt, weiß daher, daß es sich hier nur um eine vorläufige, vor Valutierung einer Hypothek bestehenden Eigentümergrundschuld handeln kann[61]). Auf den guten Glauben des Grundbuchs im Sinne des § 892 Abs. 1 S. 2 BGB. kann sich ein rechtsunkundiger Erwerber aber auch nicht berufen, da weder der Grundstückseigentümer als der Grundpfandberechtigte noch das (vorläufige) Grundpfandrecht selbst im Grundbuch eingetragen sind[62]). § 892 BGB. hat aber zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß es sich um eintragungspflichtige Rechte handelt. Der Schutz des guten Glaubens gilt allerdings ausnahmsweise auch dann, wenn der Verfügende nicht im Grundbuch als Berechtigter eingetragen ist, nämlich unter der Voraussetzung, daß ein Briefrecht vorliegt und der Verfügende sowohl im Besitz des Briefes ist als auch sein Gläubigerrecht sich aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt (§ 1155 BGB.). Die zusammenhängende Reihe von Abtretungserklärungen kann aber während des Schwebezustandes garnicht vorliegen, da ja überhaupt kein Gläubiger des abgetretenen vorläufigen Grundpfandrechtes (und auch dieses selbst nicht) im Grundbuch eingetragen ist. Erst nach Forderungserlöschen oder Feststellung der Nichtvalutierung kann der Grundstückseigentümer als Grundpfandrechtsgläubiger in das Grundbuch eingetragen werden. Dann aber handelt es sich auch nicht mehr um die vorläufige Eigentümergrundschuld, sondern um die endgültige Eigentümergrundschuld, die der Eigentümer als Vollrecht erwirbt.

Im übrigen ist bereits darauf hingewiesen worden, daß während der Schwebezeit das Grundbuch ja garnicht unrichtig ist[63]), sodaß auch deshalb schon die Bestimmungen des § 892 BGB. hier nicht angewandt werden können. Damit steht fest, daß der Zwischenkreditgeber auch nicht unter Berufung

---

60) so Ackermann a. a. O. S. 359; a. a. O. S. 670 vertritt A. allerdings dann die Ansicht, daß sogar ein auflösend bedingt übertragenes Eigentümergrundpfandrecht in der Person des Dritten zum Vollrecht werde; Dehne in Dt. Not. Z., 36. Jahrgg., S. 664 ff; Rhein. Notare a. a. O. Seite 957 ff.

61) Obermair a. a. O. S. 660.

62) Recke in JW. 1936 S. 3221.

63) siehe oben unter I, 1 c.

auf seine Gutgläubigkeit zum Nachteil des eingetragenen Hypothekars ein Vollrecht erwerben kann. Eine Schädigung des zukünftigen Hypothekars ist also bei der Verwendung der vorläufigen Eigentümergrundschuld zum Zwecke der Zwischenkreditsicherung nicht möglich.

3. Abschnitt:

Formell-rechtliche Erfordernisse bei der Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld.

Nachdem die materiell-rechtliche Zulässigkeit der Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld nunmehr außer Zweifel gestellt ist, erhebt sich folgerichtig die Frage, ob denn die Zession überhaupt durchgeführt werden kann. Man müßte annehmen, eine Verfügung, die inhaltlich als zulässig erkannt ist, müsse auch rechtlich durchführbar sein. Daher wird wiederholt die Ansicht vertreten, daß der Grundstückseigentümer als der materiell Verfügungsberechtigte auch formell-rechtlich die Möglichkeit haben müsse, die vorläufige Eigentümergrundschuld zu übertragen oder zu verpfänden. Es ist allerdings klar, daß Voraussetzung für eine rechtlich wirksame Verfügung das Bestehen eines Rechtes ist, das überhaupt Gegenstand einer Uebertragung oder Verpfändung sein kann. Dieses bestimmt sich allein nach dem materiellen Recht. Die Tatsache, daß es sich um ein verfügbares Recht handelt, ist aber nur die Vorbedingung zu einer Verfügung, sie besagt noch nicht, daß die Verfügung auch formell-rechtlich durchführbar sein müsse. Es wäre durchaus denkbar, daß einer Verfügung zwar vom materiell-rechtlichen Standpunkt aus keinerlei Bedenken entgegenstehen, daß aber aus formell-rechtlichen Gründen das Gesetz eine solche Verfügung verhindern will.

Welche formell-rechtlichen Bedenken können aber überhaupt bei der Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld bestehen? Welche Vorschriften müssen hier beachtet werden?

I. Unterstellung der Richtigkeit der herrschenden Ansicht, daß die Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld in der gleichen gesetzlichen Form erfolgen müsse wie die Uebertragung der im Falle des Erlöschens der Hypothekenforderung entstehenden endgültigen Eigentümergrundschuld.

Im Schrifttum wie in der Rechtsprechung wird einheitlich von der Ansicht ausgegangen, daß die vor dem Erwerb der endgültigen Hypothek bestehende vorläufige Eigentümergrundschuld ein dingliches Recht darstelle, das als Grundstücksbelastung den Vorschriften der §§ 873 ff. BGB. unterliege und den rechtlichen Charakter der späteren Hypothek teile, also Brief- oder Buchgrundschuld sei. Die vorläufige Eigentümergrundschuld wird also abgesehen von ihrer Bedingtheit gleichbehandelt mit der endgültigen Eigentümergrundschuld, die im Falle des Erlöschens der zugrundeliegenden Forderung an die Stelle der Hypothek tritt [1]). Diese Auffassung ist in jahrelanger Praxis ohne Beanstandung geblieben und kann daher wohl zunächst als richtig unterstellt und zum Ausgangspunkt der folgenden Untersuchungen gemacht werden.

1) Lent in Dt. Not. Z., 37. Jahrgg., S. 723.

1. Nach § 873 BGB. bedarf es zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht und zur Uebertragung eines solchen Rechtes der Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Zur Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber ist also eine Einigung zwischen diesem und dem Grundstückseigentümer als Berechtigten des obigen Rechtes erforderlich. Diese Einigung ist an sich an keine Form gebunden, kann also auch mündlich erfolgen. Bis dahin bestehen für die Durchführung der Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld keinerlei Schwierigkeiten. Nun ist aber zur Vollendung des Uebertragungstatbestandes und damit zum Eintritt der materiellen Wirksamkeit noch die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch vorzunehmen. Dies stößt aber auf ein grundbuch-rechtliches Hindernis. § 39 GBO. verlangt nämlich, daß eine Eintragung in das Grundbuch nur erfolgen solle, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist.

a) Berechtigter der vorläufigen Eigentümergrundschuld ist aber der Grundstückseigentümer. Die herrschende Meinung [2]) sieht daher die vorherige Eintragung des Eigentümers als des Berechtigten des vorläufigen Grundpfandrechts als unbedingt erforderlich an. Diese Ansicht ist allerdings nicht unbestritten. Vielfach wird im Schrifttum [3]) die Behauptung aufgestellt, daß eine eigene vorherige Eintragung des Grundstückseigentümers als des Berechtigten der vorläufigen Eigentümergrundschuld nicht notwendig sei; es genüge, daß dieser in Abteilung I des Grundbuches als Eigentümer eingetragen stehe, da es sich ja um ein Recht des Eigentümers handle. Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht kommt am deutlichsten zum Ausdruck, wenn während der Schwebezeit ein Wechsel im Eigentum des Grundstücks eintritt. Dieser wirkt sich nämlich auf die vorläufige Eigentümergrundschuld nach herrschender und richtiger Ansicht [4]) dahin aus, daß diese nunmehr vorläufige (also auflösend bedingte) Fremdgrundschuld des früheren Grundstückseigentümers wird. Hier stimmt also dann der Grundstückseigentümer nicht mehr mit dem Berechtigten der vorläufigen Grundschuld überein. Die Eintragung des Eigentümers in Abteilung I des Grundbuchs kann daher auch lediglich über die Eigentumsverhältnisse am Grundstück Aufschluß geben, nicht aber auch über dessen Belastungen und deren Berechtigte, und zwar auch dann nicht, wenn das Grundpfandrecht dem Eigentümer selbst zusteht. Außerdem weist Hannecke [5]) mit Recht darauf hin, daß aus dem Grundbuch ja garnicht ersichtlich ist, ob die der Hypothek zugrundeliegende Forderung bereits entstanden ist oder nicht. Man kann also aus dem Grundbuch überhaupt nicht ersehen, ob eine vorläufige Eigentümergrundschuld noch besteht oder nicht. Es ist daher falsch, wenn man behaupten wollte, der eingetragene Eigentümer müßte auch zugleich Berechtigter der vorläufigen Eigentümergrundschuld sein.

Diese Ansicht kann sich auch nicht etwa darauf stützen, daß ja bei der Entstehung der endgültigen Eigentümergrundschuld nach Erlöschen der For-

---

2) RG. 75, 250; 97, 223; 120, 112; Ehrenforth in JW. 1936 S. 3219; Recke in JW. 1936 S. 3221; Hannecke S. 21 mit den dort Genannten; Thümmler a. a. O. S. 766.

3) Oberneck in JW. 1928 S. 1494; Schneider S. 31; Legart in JW. 1933 S. 2765; Beck S. 110; Endemann § 116, 22; Wolff § 34, 2.

4) RG. 153, 167 = JW. 1937, 615.

5) Hannecke S. 20.

derung (z. B. durch Rückzahlung des Darlehens) das Grundpfandrecht auch nicht erst auf den Eigentümer überschrieben zu werden braucht, wenn er es an einen Dritten abtreten, verpfänden oder löschen lassen will[6]). Dieser Fall ist schon deshalb anders gelagert als der obige, weil die vorherige Eintragung der endgültigen Eigentümergrundschuld durchaus möglich ist, während dies bei der vorläufigen Eigentümergrundschuld nicht zutrifft. Auch ist hier das Recht, über das verfügt wird, ein endgültiges, d. h. der ehemalige Berechtigte wird als solcher gestrichen und an dessen Stelle der Erwerber vermerkt. Es wird hier also die Grundbuchberichtigung und die Verfügung des Eigentümers an einen Dritten in einer einzigen Eintragung zusammengefaßt. Daß aber tatsächlich das Recht nicht direkt von dem noch eingetragenen Hypothekar auf den neuen Erwerber übergeht, sondern vielmehr ein Zwischenerwerb des Grundstückseigentümers stattfindet, wird nur aus rein praktischen Gründen im Grundbuch nicht zum Ausdruck gebracht, um das Grundbuchamt mit völlig unproduktiver Arbeit zu verschonen und ein Unübersichtlichwerden des Grundbuchs durch überflüssige Einträge zu vermeiden. Bei der Verfügung über die vorläufige Eigentümergrundschuld dagegen könnte der als Hypothekar Eingetragene keinesfalls durch einen Dritten, den Zwischenkreditgeber, ersetzt und dies in einer einzigen Eintragung zum Ausdruck gebracht werden. Während des Schwebezustandes kann ja die Eintragung des zukünftigen Hypothekengläubigers überhaupt nicht geändert und das Grundbuch dahin berichtigt werden, daß der Eigentümer der Grundpfandberechtigte ist. Darin aber, daß bei der direkten Ueberschreibung der endgültigen Eigentümergrundschuld auf den neuen Erwerber zugleich eine Grundbuchberichtigung vorgenommen wird, während eine derartige Berichtigung im Falle der vorläufigen Eigentümergrundschuld nicht möglich ist, liegt gerade der Unterschied, der eine Heranziehung der Behandlungsweise des ersteren Falles für den letzteren ausschließt.

Da also keine Möglichkeit besteht, die Eintragung des Grundstückseigentümers als solchen in Abteilung I des Grundbuchs zugleich auch als Eintragung des Berechtigten der vorläufigen Eigentümergrundschuld ansehen zu dürfen, so muß der herrschenden Meinung gefolgt werden, die eine gesonderte Eintragung in Abteilung III des Grundbuchs verlangt.

b) Eine derartige Eintragung wäre z. B. denkbar in der Art, daß neben den alten Hypothekeneintrag noch der Vermerk hinzugesetzt wird, daß das Grundpfandrecht vorläufig noch dem Grundstückseigentümer als Grundschuld zustehe. Das Reichsgericht[7]) verneint aber die Möglichkeit einer solchen Eintragung mit der Begründung, daß für das auflösend bedingte Recht neben dem Vermerk der Hypothek, die mit dem Eintritt der Bedingung als vollwertige Gläubigerhypothek von dem eingetragenen Hypothekar erworben werde, im Grundbuch kein Raum sei. Das Reichsgericht weist hierbei auf den vom Gesetzgeber bei der Zulassung der Bestellung einer Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung bewußt in Kauf genommenen schwebenden Rechtszustand hin, der nach dem Prinzip der Grundbuchgesetzgebung, nur bestimmte und endgültige Eintragungen zuzulassen, im Grundbuch nicht zum Ausdruck gebracht werden kann. Damit habe der Gesetzgeber von vornherein zu erkennen gegeben, „daß während des Schwebens der

6) Legart in JW. 1933 S. 2765.

7) RG. 75.250.

Bedingung die Eigentümergrundschuld im Grundbuch nicht zur Darstellung zu kommen hat". Diese Entscheidung beruht nicht bloß auf der Verfolgung des Zieles, das Grundbuch durch Vermeidung von Eintragungen, die bereits den Kern der Auflösung in sich tragen, vor Unübersichtlichkeit zu bewahren und die Buchführung klar zu gestalten. Das Reichsgericht beachtet hier keineswegs nur Zweckmäßigkeitsgründe des Grundbuchrechts, also rein formelle Erfordernisse, sondern geht gerade auch von materiell-rechtlichen Ueberlegungen aus, wenn es in der Begründung seiner Entscheidung sich auf die Bestimmung des § 1113 Abs. 2 BGB. beruft, die bewußt auf die Eintragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld verzichtet. Der Einwand Hannecke's[8]), daß das Reichsgericht gerade aus der Erwägung auch grundbuchrechtlicher Erfordernisse heraus die „Berichtigung" des Grundbuchs zulassen müßte, ist daher in zweifacher Hinsicht nicht zutreffend. Erstens handelt die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts nicht von einer Grundbuchberichtigung, sondern von einer Eintragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld neben (also nicht statt) dem Vermerk der Gläubigerhypothek, und zweitens kann eine Eintragung nicht aus formell-rechtlichen Gründen für notwendig erklärt werden, wenn sie materiell-rechtlich nicht zulässig ist.

Dieser Meinung des Reichsgerichts kann nur beigepflichtet werden. Sie allein wird der Tatsache gerecht, daß der Gesetzgeber mit dem Institut der vorläufigen Eigentümergrundschuld eine Regelung schaffen wollte, die an sich nur von interner Bedeutung für den Eigentümer und den zukünftigen Hypothekengläubiger sein sollte, ohne nach außen in Erscheinung zu treten, aber doch unter Wahrung der beiderseitigen Interessen der Beteiligten im Falle der Verfügung des einen zum Schaden des anderen. Diesem Zweck ist aber bereits durch die Zuerkennung der Anwartschaft für den zukünftigen Hypothekengläubiger vollauf Genüge getan. Eine dingliche Wirkung des Rechtsgeschäfts, die sonst nur durch Kenntlichmachung im Grundbuch erreicht werden kann, ist somit auch ohne Eintragung schon sichergestellt.

Im übrigen kommt Hannecke's Meinung, auch wenn er die Entscheidungsgründe des Reichsgerichts ablehnt, zum gleichen Ergebnis. Auch Hannecke verneint die Eintragungsfähigkeit der vorläufigen Eigentümergrundschuld und damit des Eigentümers als ihres Berechtigten, stellt aber diese Erkenntnis darauf ab, daß der Eintragung das Recht des künftigen Gläubigers auf Nichtänderung des Grundbucheintrages auf Grund des dinglichen Rechtsgeschäfts entgegenstehe. Hierzu sei nur bemerkt, daß eine Aenderung des Grundbucheintrages vom Reichsgericht garnicht erörtert wurde. Vom Reichsgericht wurde lediglich die Möglichkeit untersucht, zum Zwecke der Uebertragung dem Hypothekeneintrag noch den Vermerk hinzuzusetzen, daß die Hypothek vorläufig noch dem Eigentümer als Grundschuld zustehe. Der zukünftige Hypothekengläubiger sollte hier also weiter eingetragen bleiben. Diese Möglichkeit hat das Reichsgericht in der obigen Entscheidung aus den erörterten Gründen abgelehnt.

Der zweite Weg, eine Eintragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld zu erreichen, wäre dann natürlich der, die eingetragene Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer zu überschreiben, gegebenenfalls unter Hinzufügen der Bedingung, daß das Grundpfandrecht mit Entstehen der Forderung dem zuvor eingetragenen Hypothekar als Gläubigerhypothek zufallen solle. Die Zulässigkeit einer solchen Eintragung wird vor allem vom

8) Hannecke S. 21.

Kommentar der Reichsgerichtsräte[9]) vertreten. Es muß aber auch eine derartige „berichtigende" Umschreibung, sei es nun in bedingter oder unbedingter Form, als unzulässig erachtet werden. Denn jede Umschreibung, bedingt oder unbedingt, hat eine Aenderung des Hypothekeneintrages zur Folge, und zwar dahingehend, daß nicht mehr der zukünftige Gläubiger, sondern der Grundstückseigentümer als Berechtigter des Grundpfandrechts eingetragen ist. Eine derartige Aenderung des Grundbucheintrages würde aber die Zerstörung der Anwartschaft des zukünftigen Hypothekars bedeuten, da diese dessen Eintragung als Grundpfandberechtigter zur Voraussetzung hat. Daß aber der Grundstückseigentümer die nach § 19 GBO. erforderliche Bewilligung vom eingetragenen Hypothekar auch im Wege des § 894 BGB. nicht verlangen kann, da ihm ein Berichtigungsanspruch nicht zusteht, ist bereits aufgezeigt. Was den Vorschlag einer bedingten Umschreibung anbelangt, so kommt hier noch hinzu, daß dies schon aus grundbuchrechtlichen Erwägungen unerwünscht wäre, da das Grundbuch nur für endgültige Eintragungen offensteht[10]).

c) Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß ohne freiwillige Zustimmung des zukünftigen Hypothekengläubigers eine Eintragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld in das Grundbuch auf dem Wege der Umschreibung ebenfalls nicht erfolgen kann. Damit ist aber zugleich jede Möglichkeit, gegen oder auch nur ohne den Willen des zukünftigen Hypothekengläubigers eine Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld auf einen Dritten durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch (§ 873 BGB.) vorzunehmen, ausgeschlossen, weil § 39 GBO. das vorherige Eingetragensein des Berechtigten verlangt.

Nun war zwar nach dem 1. Entwurf des BGB. das Erfordernis des Eingetragenseins ein materiell-rechtliches[11]), d. h. eine ohne vorheriges Eingetragensein des Berechtigten vorgenommene Verfügungseintragung war inhaltlich unzulässig und damit unwirksam. Bei der endgültigen Fassung dieser Bestimmung des BGB. durch die zweite Kommission[12]) wurde aber die Bedingung, daß der verfügende Berechtigte im Grundbuch eingetragen sein müsse, fallen gelassen. In der heutigen Fassung des § 873 BGB. wird daher nur verlangt, daß der Berechtigte, nicht, daß der eingetragene Berechtigte, den dinglichen Vertrag abgeschlossen habe[13]). Es ist also zu einer Rechtsänderung die vorgängige Eintragung des Berechtigten keine dingliche Wirksamkeitsvoraussetzung, also kein materiell-rechtliches Erfordernis. Aber aus Zwecken grundbuch-rechtlicher Prinzipien, insbesondere des Verlangens nach Klarheit der im Grundbuch niedergelegten Rechtsverhältnisse, ist es erwünscht, daß derjenige, dessen Recht von einer Verfügungseintragung betroffen wird, zuvor selbst als Berechtigter eingetragen ist. Die Bestimmung des § 39 GBO. hat demnach lediglich den Charakter einer Ordnungsvorschrift. Daraus folgt, daß die Eintragung einer Verfügung entgegen der Vorschrift des § 39 GBO. zwar ordnungswidrig, aber nicht inhaltlich unzulässig ist, wie das Reichsgericht wiederholt zum Ausdruck gebracht hat[14]). Das Reichsgericht bejaht also die Wirksamkeit einer derartigen Eintragung

---

9) RGR. Komm. 3. Bd. S. 605; vgl. auch Heck § 84, III, 4.
10) RG. 120. 112 = JW. 1928, 1494.
11) Motive, 3, 160.
12) Prot. 3, 54.
13) Güthe-Triebel, § 39 GBO.
14) RG. 118, 162; 120, 110; JW. 1933, S. 2765.

und betont damit den das Recht des BGB. beherrschenden Grundsatz, einmal vorgenommene Rechtsgeschäfte nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten.

Obige Darlegungen erhellen, daß der Mangel des Eingetragenseins des Berechtigten an sich die Verfügungsfähigkeit nicht materiell-rechtlich beschränkt; er bildet nur ein formales Hindernis für die Ausübung des Verfügungsrechtes. Bei der Verfügung über die vorläufige Eigentümergrundschuld kommt aber noch hinzu, daß die Ordnungsvorschrift des § 39 GBO. deshalb nicht eingehalten werden kann, weil die Unzulässigkeit der vorherigen Eintragung des Eigentümers als des Berechtigten sich aus dem Mangel der Eintragungsfähigkeit der vorläufigen Eigentümergrundschuld ergibt.

2. Wenn also die Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld durch Einigung und Eintragung nur dann erfolgen kann, wenn der zukünftige Hypothekengläubiger die Umschreibung des Grundpfandrechts auf den Eigentümer bewilligt und damit auf seine Anwartschaft verzichtet — was praktisch natürlich ausgeschlossen ist —, so braucht dies noch nicht zu bedeuten, daß eine Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld überhaupt unmöglich sein soll.

Die Uebertragung von Hypotheken und Grundschulden ist nämlich nicht nur ausschließlich im Wege der Einigung und Eintragung in das Grundbuch möglich. Im Gegenteil! § 1154 BGB. bildet nämlich eine der Ausnahmen, auf die § 873 Abs. 1 zweiter Halbsatz hinweist. Darnach ist die Grundfrom der Uebertragung von Hypotheken und Grundschulden [15]) die der schriftlichen Erteilung der Abtretungserklärung und Uebergabe des Hypotheken- bezw. Grundschuldbriefes. Abs. 2 des § 1154 BGB. stellt ausdrücklich klar, daß neben den beiden vorgenannten Erfordernissen die Eintragung in das Grundbuch nicht wesentliche Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Die Worte: „kann... ersetzt werden" lassen zweifelsfrei erkennen, daß nur die schriftliche Abtretungserklärung oder die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch notwendig sind. Wird gleichwohl die Eintragung neben der schriftlichen Abtretungserklärung vorgenommen, dann ist sie nicht Merkmal des Uebertragungstatbestandes, sondern Grundbuchberichtigung. Der Gesetzgeber ist bei der Sonderübertragungsform des § 1154 BGB. von dem Normalfall [16]) des Bestehens eines Briefgrundpfandrechtes ausgegangen. Für den Fall des Ausschlusses der Erteilung eines Briefes hat er dann auf die allgemeine Bestimmung für die Uebertragung von Grundstücksrechten durch Einigung und Eintragung (§ 873 BGB.) zurückgegriffen (§ 1154 Abs. 3 BGB.).

---

15) § 1154 BGB. gilt gemäß § 1192 BGB. auch für Grundschulden, da das Bestehen einer Forderung keine Voraussetzung für die Uebertragung des Grundpfandrechtes ist.

16) Diese heutige Regelung der normalen Erscheinungsform der Hypothek weicht von der Stellungnahme des 1. Entwurfes grundsätzlich ab. Dieser hatte nämlich die brieflose Hypothek als den gesetzlichen Regelfall aufgestellt und die Erteilung eines Briefes von einer zusätzlichen Vereinbarung der Parteien abhängig gemacht. Von der 2. Kommission wurde aber als dringend erforderliches Zugeständnis an das moderne Geschäftsleben die Briefhypothek als gesetzliche Grundform festgelegt, wobei nunmehr die Verwendung der Buchhypothek durch eine besondere Zusatzabrede des Ausschlusses der Brieferteilung möglich gemacht wurde. Diese Regelung der 2. Kommission ist in die heutige Fassung des Hypothekenrechts eingegangen, allerdings mit einer wesentlichen Ergänzung, die zuvor in der Bundesvorlage noch Aufnahme gefunden hatte. Während nämlich bisher Brief- wie Buchhypothek sofort durch die Eintragung in das Grundbuch in der Person des Gläubigers zum Entstehen gebracht wurden, wurde nunmehr eine Unterscheidung zwischen Entstehung der Hypothek als Grundstücksbelastung und Erwerb des Grundpfandrechts durch den Gläubiger gemacht (Mot. III S. 618, 633 ff, 742 ff. Prot. III S. 638 ff; vgl. Dehne Diss. S. 5/6.

Ist demnach bei der Buchhypothek die Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld an der Voraussetzung des vorherigen Eingetragenseins des Eigentümers als des Berechtigten gescheitert, so ist für die Briefhypothek die Möglichkeit gegeben, unter Umgehung dieses Hindernisses die Uebertragung im Wege einfacher schriftlicher Abtretungserklärung und Briefübergabe vorzunehmen.

a) Aus der Undurchführbarkeit der Uebertragung eines Buchgrundpfandrechtes folgt nämlich an sich keineswegs, daß nun auch bei dem Briefgrundpfandrecht die Uebertragung ausgeschlossen sein müßte. Nun ist es allerdings klar, daß durch die Möglichkeit der Verwendung einer anderen Uebertragungsform bei der Briefhypothek nicht andere oder mehr Rechte übertragen werden können als bei einer Buchhypothek [17]). Für die Gleichheit der Rechtswirkung bei einer Uebertragung von Buchrechten wie von Briefrechten sprechen schon begriffliche Erwägungen [18]), da beide Abtretungsarten sich nicht im Inhalt, sondern nur in der äußeren Form unterscheiden. Es ist richtig, wenn Ackermann hierbei darauf hinweist, daß das Gesetz keinen Fall der Verschiedenheit der Rechtswirkung bei der Uebertragung von Brief- und Buchrechten kennt, wenn das Uebertragungsgeschäft inhaltlich gleich ist. Unzutreffend aber ist es, wenn Ackermann daraus ableiten will, daß auch bei der Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld im Falle der Briefhypothek die Anwartschaft des Gläubigers zerstört werden müßte, da dies ja auch bei der Buchhypothek der Fall sei. Mit Recht wird diese Schlußfolgerung von Obermair [19]) zurückgewiesen, der seinen Erwägungen folgenden Obersatz voranstellt: „Eine Hypothek kann nur solange, aber auch immer solange valutiert werden, als der eingetragene Gläubiger den Berichtigungsanspruch des Eigentümers noch nicht, sei es freiwillig, sei es gezwungen, erfüllt hat und zwar gleichgültig, ob der Eigentümer vorher über die ihm infolge der Nichtvalutierung zustehenden vorläufigen Eigentümergrundschuld verfügt hat oder nicht". Wenn Obermair sich wegen der Richtigkeit dieses Obersatzes auch nur auf die praktischen Folgen einer gegenteiligen Ansicht beruft, die wirtschaftlich untragbar wären, so ergibt sich diese doch notwendigerweise schon aus rein rechtlichen Gründen, — die allein ausschlaggebend sind —, nämlich der Anerkennung einer Anwartschaft des Gläubigers. Die Bejahung des angeführten Obersatzes läßt dann auch einsehen, daß die Gleichheit der Rechtswirkung bei der Uebertragung von Buchrechten wie von Briefrechten sich keineswegs notwendigerweise dahin auswirken muß, daß ebenso wie im Falle der Buchhypothek auch beim Vorliegen einer Briefhypothek die Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld wegen der Zerstörung des Valutierungsrechtes des Gläubigers ausgeschlossen sein muß. Vielmehr ist hier auseinanderzuhalten, daß bei einer Buchhypothek über die vorläufige Eigentümergrundschuld überhaupt nur dann verfügt werden kann, wenn vorher durch eine Aenderung der Belastungseintragung der Gläubiger seine Anwartschaft verloren hat, während bei einer Briefhypothek die Verfügung über die vorläufige Eigentümergrundschuld schon ohne eine Aenderung des Grundbuchinhalts möglich ist. Es besteht also bei der Uebertragung der vorläufigen Eigentümerbuchgrundschuld gegenüber der der Eigentümerbriefgrundschuld kein Unterschied in der Rechtswirkung, son-

17) Thümmler a. a. O. S. 767.
18) Ackermann in Dt. Not. Z., 36. Jhrgg., S. 358.
19) Obermair a. a. O. S. 660.

dern lediglich eine Verschiedenheit in den formellen Uebertragungsvoraussetzungen. Durch die erleichterte Transportfunktion bei Briefhypotheken ist eben die Möglichkeit gegeben, die vorläufige Eigentümergrundschuld unter Aufrechterhaltung ihres auflösend bedingten Charakters zu übertragen, während dies bei Buchhypotheken aus formalen Gründen ausgeschlossen ist, da die hierzu erforderliche Verlautbarung im Grundbuch nicht erfolgen kann. Ist zur Uebertragung das Grundbuch nicht erforderlich, dann ist auch die Beachtung der entsprechenden Formvorschriften des Grundbuchrechts nicht notwendig, die allein die Zerstörung der Anwartschaft des Gläubigers durch die dann unumgängliche Umschreibung bedingen würde. Es würde einen Widerspruch in sich selbst bedeuten, wenn man einerseits anerkennen muß, daß der Gesetzgeber die Schaffung des Briefrechtes als gesetzliche Regelerscheinungsform von Hypotheken und Grundschulden der zuerst aus Gründen der einheitlichen und systematischen Durchbildung des gesamten Immobilienrechts beabsichtigten brieflosen Form nur deshalb vorgezogen hat, weil er die Notwendigkeit eines erleichterten Verkehrs mit Grundstückswerten einsah; andererseits aber würde man die durch die strengeren Formalien für Buchrechte bestehenden Erschwerungen, die eine Folge der engen Bindung des Rechts an den Grundbucheintrag sind, auch wieder auf die Briefhypothek anwenden wollen. Die Wirtschaft hat auch schon längst das vom Gesetzgeber gezeigte Entgegenkommen erkannt und bedient sich in ausgedehntem Maße des leichter verwertbaren Briefrechts. So wird von ihr auch seit Jahren zu Zwecken der Bauzwischenfinanzierung und Sicherung des Zwischenkredits ausschließlich bei der hierzu erforderlichen Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld auf den Zwischenkreditgeber die durch die Verwendung der Briefform sich ergebenden Vorteile auszunützen versucht.

b) Die bei dem Briefrecht der vorläufigen Eigentümergrundschuld vorzunehmende Uebertragung setzt zunächst nach § 1154 BGB. eine Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form voraus. Die Schriftform beschränkt sich dabei also lediglich auf die Erklärung des Zedenten und ist nicht für den gesamten Vertrag, also nicht für die Annahmeerklärung des Zessionars, erforderlich. Als weiteres Tatbestandsmerkmal der Uebertragung des Briefrechts kommt die Uebergabe des Briefes hinzu, auf die die Vorschriften des § 1117 BGB. Anwendung finden. Ueber die vorläufige Eigentümergrundschuld selbst ist nun ein besonderer Brief nicht ausgestellt. Die Ausstellung eines besonderen Briefes für das vorläufige Recht ist aber auch nicht zulässig, da auch die besondere Eintragung des vorläufigen Rechtes in das Grundbuch nicht möglich ist. Die herrschende und auch unbestrittene Meinung folgert daraus, daß zur Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld daher der über die eingetragene Gläubigerhypothek ausgestellte Brief Verwendung finden könne und müsse. Hierbei ergeben sich zwei verschieden zu behandelnde Rechtslagen:

α) Ist der über die eingetragene Gläubigerhypothek ausgestellte Brief noch nicht vom Eigentümer an den Gläubiger übergeben worden, ist auch keine der Uebertragungsersatzvereinbarungen, insbesondere auch nicht die der Ermächtigung des Gläubigers, sich direkt vom Grundbuchamt den Brief aushändigen lassen zu dürfen, getroffen worden, so stehen der Verwendung des Hypothekenbriefes zur Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber keine praktischen Hindernisse entgegen. Der vom Grundbuchamt nach der Eintragung der Hypothek zu erteilende Brief wird

gemäß § 60 GBO. nur an den Grundstückseigentümer selbst ausgehändigt und kann dann von diesem ohne weiteres an den Zwischenkreditgeber weitergegeben werden.

Der eingetragene Gläubiger kann der Briefübergabe an den Zwischenkreditgeber auch nicht widersprechen. Wie bereits dargelegt, besteht für den zukünftigen Gläubiger bei einer Briefhypothek noch nicht sofort mit der Eintragung in das Grundbuch eine Anwartschaft auf Erwerb der Hypothek (wie bei der Buchhypothek), die durch keinerlei Verfügungen des Eigentümers mehr zerstört werden könnte. Eine „Verdinglichung" des Erwerbsanspruchs des Gläubigers tritt vielmehr erst mit der Uebergabe des Hypothekenbriefes ein. Damit ist allerdings ein Hypothekenerwerb solange unmöglich, als der Zwischenkreditgeber nicht den Brief nach Rückzahlung des Zwischendarlehens zurückgibt. Diese Unsicherheit muß der zukünftige Hypothekengläubiger in Kauf nehmen. Er hätte eben darauf dringen müssen, daß ihm der Brief sofort nach der Eintragung der Hypothek übergeben wird. Damit hätte er seine Anwartschaft gesichert. Er ist aber trotzdem nicht völlig schutzlos, da ja in den meisten Fällen der Valutaauszahlungsanspruch an den Zwischenkreditgeber mit abgetreten wird, wobei durch Vereinbarung die Valutierungsbedingungen dahin abgeändert werden, daß durch Auszahlung der Valuta an den Zwischenkreditgeber gleichwohl der Grundstückseigentümer Darlehnsschuldner werden und damit die Hypothek valutiert sein soll, so wird eben der zukünftige Gläubiger die Valuta an den Zwischenkreditgeber nur gegen Uebergabe des Hypothekenbriefes auszahlen und auf diese Weise die Hypothek erwerben.

Nun ist es möglich, daß der Brief zwar noch nicht übergeben, die Forderung vom Gläubiger aber bereits zum Entstehen gebracht worden ist. Dieser Fall wird aber praktisch wohl kaum berücksichtigt werden müssen, da hier ja die Notwendigkeit zur Aufnahme eines Zwischenkredits nicht mehr gegeben ist. Sollte aber der Eigentümer trotzdem die vorläufige Eigentümergrundschuld noch an einen Dritten abtreten und ihm den Brief hierzu übergeben, so könnte dies den Gläubiger an dem Erwerb der Hypothek doch nicht verhindern. Der zukünfige Hypothekengläubiger ist hier vor schädigenden Auswirkungen der Uebergabe des Briefes an den Dritten durch seine Anwartschaft geschützt, die ja auch schon vor Erlangung des Briefbesitzes besteht, wenn die Valutierung der Hypothek bereits erfolgt ist. Der Grundstückseigentümer kann dem Verlangen des Gläubigers auf Erwerb der Hypothek nach deren Valutierung keinen begründeten Einwand mehr entgegensetzen, insbesondere ihm nicht die Uebergabe des Briefes verweigern. Der Erwerb der Hypothek ist also allein vom Willen des Gläubigers abhänigig, d. h. davon, ob er seinen begründeten Anspruch auf Uebergabe des Hypothekenbriefes gegen den Eigentümer durchsetzen will oder nicht. Damit sind die Voraussetzungen der Anwartschaft gegeben. Hat nun der Eigentümer die Erfüllung seiner Pflicht, den Brief dem Gläubiger zu übergeben, wider Treu und Glauben unmöglich gemacht, weil er den Brief einem Dritten übergeben und damit in bewußt rechtswidriger Weise den zum Erwerb der Hypothek notwendigen Eintritt der Bedingung der Briefübergabe verhindert hat, so würde dies nur bedeuten, daß der Eintritt der Bedingung als eingetreten angesehen wird (§ 162 BGB.). Die Uebergabe des Briefes an den Gläubiger hat hier also durch Fiktion als erfolgt zu gelten [20]). Der Gläubi-

20) Vgl. oben 2. Abschnitt I, 3 c.

ger hat damit auch ohne in den Besitz des Briefes gekommen zu sein, die Hypothek erworben und kann nun als Eigentümer des Briefes (§ 952 BGB.) diesen nach § 985 BGB. von dem Dritten herausverlangen.

Von einer Verletzung der Interessen des Zwischenkreditgebers im Falle des Hypothekenerwerbs durch Fiktion der Briefübergabe kann hier deswegen keine Rede sein. Läßt sich der Zwischenkreditgeber die vorläufige Eigentümergrundschuld übertragen, so weiß er, daß er es mit einem durch den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger auflösend bedingten Recht zu tun hat. Zumindest ist es seine Pflicht, sich über den Charakter des ihm übertragenen Rechts zuvor Gewißheit zu verschaffen und sich über den Stand der Entwicklung des Hypothekenerwerbstatbestandes zu informieren. Auf seinen guten Glauben kann er sich nicht berufen. Im Falle, daß die Valutierung bereits erfolgt ist, ist die Stellung des Zwischenkreditgebers noch in verstärktem Maße unsicher, da er ja hier sich auch nicht mehr den Valutierungsanspruch vom Eigentümer hat abtreten lassen können.

β) Ist der über die eingetragene Gläubigerhypothek ausgestellte Brief bereits dem Gläubiger übergeben worden, dann kommt natürlich eine Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld nur dann noch in Betracht, wenn die Hypothek noch nicht valutiert ist. Jedenfalls aber hat hier der zukünftige Hypothekengläubiger durch die bereits erfolgte Briefübergabe eine Anwartschaft auf Erwerb der Hypothek, die ihm mit Auszahlung der Valuta ohne weiteres als echte Gläubigerhypothek zufällt. Auch wird man dem zukünftigen Gläubiger, dessen Hypothekenerwerb nur noch von dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung der Valutierung abhängt, wohl auch ein auflösend bedingtes Eigentum am Hypothekenbrief zuerkennen müssen. „Dem bedingten Recht entspricht“ zweifellos „schon gesetzlich das bedingte Eigentum an der Verbriefung des Rechts (§ 952 Abs. 2) [21]). Den Erwerb eines aufschiebend bedingten Eigentums aber auch schon in der Uebergabe des Briefes vor Entstehung der Forderung erblicken zu wollen, scheint dagegen kaum angängig zu sein. Es ist zwar richtig, daß der Grundstückseigentümer den Brief dem Gläubiger sicher nicht bloß zur Einsichtnahme überlassen oder lediglich leihen will. Damit ist aber auch noch nicht gesagt, daß die Briefübergabe eine Uebertragung des Eigentums am Brief darstellen müsse. Vielmehr soll damit nur zunächst zum Ausdruck gebracht werden, daß der Brief in den tatsächlichen festen und dauernden Besitz des Gläubigers gelangen soll. Es soll also nicht nur ein Besitzmittlungsverhältnis (z. B. Leihe) geschaffen werden, kraft dessen der Gläubiger nur auf bestimmte Zeit dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Abgesehen davon ist der Hypothekenbrief in der jetzigen Fassung des BGB. zwar nicht bloß ein Beweismittel, wie er es nach dem 1. Entwurf nur sein sollte, sondern gewissermaßen Repräsentant des Grundbuchs [22]), aber er kann auch nicht zu den sog. vollkommenen Wertpapieren zählen, welche allein Gegenstand selbständiger dinglicher Rechte sein können. Der Hypothekenbrief ist vielmehr nur ein Mittel der Verkehrserleichterung, in dem er bei Rechtsgeschäften hinsichtlich der Hypothek als Unterlage statt des Grundbuches dient. Der Eintrag im Grundbuch aber ist auch bei der Briefhypothek allein die Grundlage des Rechts. Der Hypothekenbrief gehört also zu den sog. unvollkommenen Wertpapieren, die selbst

---

21) Lent in Dt. Not. Z., 37. Jhrgg., S. 723.
22) Staudinger § 1116 Anm. I, 1.

nicht Träger des Rechts, sondern lediglich Legitimations- und Beweisurkunde für die Forderung sind [23]). Als unvollkommenem Wertpapier ist es daher auch bei dem Hypothekenbrief nicht möglich, selbständig an ihm Eigentum zu begründen oder zu übertragen [24]). Der Hypothekenbrief ist vielmehr eng mit dem Hypothekengläubigerrecht verbunden und teilt dessen rechtliches Schicksal. Nun wird man dem vielleicht entgegenhalten, daß bei der Uebergabe des Hypothekenbriefes an den Hypothekar ja nicht bloß das Eigentum an diesem, sondern zugleich auch das Gläubigerrecht aufschiebend bedingt übertragen werde. Doch ist dem nicht so! Ein aufschiebend bedingtes Hypothekengläubigerrecht steht dem zukünftigen Hypothekar schon mit der Eintragung in das Grundbuch unabhängig von der Briefübergabe zu (letztere ist nur für das Bestehen einer Anwartschaft von Bedeutung). Damit hat er aber auch schon das aufschiebend bedingte Eigentum am Brief erlangt, da hier ja das Recht am Brief dem verbrieften Recht folgt. Es wäre also unsinnig, ein Recht an jemanden übertragen zu wollen, das diesem bereits zusteht. Wegen eines etwaigen Einwandes, daß § 952 BGB. keinen zwingenden Rechtssatz enthalte [25]), daher also doch die Eigentumsübertragung am Hypothekenbrief im Wege des dinglichen Rechtsgeschäftes möglich sei, wird auf die Ausführungen Dehne's [26]) verwiesen, die zwar im Gegensatz zur herrschenden Meinung stehen, aber beachtenswerte Begründungen für die Zurückweisung dieser Ansicht enthalten. Wenn dennoch die herrschende Meinung § 952 BGB. nur für dispositiv, also für nicht zwingend hält, dann ist dies nur daraus zu erklären, daß eine in den Protokollen [27]) enthaltene Ausnahme, das altbekannte Beispiel der Schulderklärung auf der Rückseite einer Menzel'schen Zeichnung betreffend, unter dem Mißverständnis des hier allein verfolgten Zweckes, ein durch eine Zeichnung bereits wertvoll gewordenes Stück Papier nicht wegen einer nachträglich auf dieses Papier hinzugesetzten rechtsgeschäftlichen Erklärung in das Eigentum eines anderen hinüberwechseln zu lassen, verallgemeinert worden ist, also auch auf die Fälle angewandt wird, in denen das Stück Papier vor der darauf gesetzten Schulderklärung noch keinen eigenen Wert dargestellt hat.

Wenn demnach die Übergabe des Hypothekenbriefes an den zukünftigen Hypothekar auch keine Eigentumsübertragung bedeutet, so ist der Brief doch jedenfalls in den tatsächlichen und festen Besitz des zukünftigen Gläubigers gelangt. Um nun zum Zwecke der Zwischenkreditsicherung die Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld durch schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe an den Zwischenkreditgeber durchzuführen, sind daher nur folgende beide Wege denkbar:

β_1) Die Abtretung der Briefherausgabeanspruches gegen den Hypothekar

β_2) Die freiwillige Herausgabe des Briefes durch den Hyothekar.

β_1) Am häufigsten wird wohl der Weg vorgeschlagen, den Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefes, den der Grundstückseigentümer gegen den den Brief besitzenden Hypothekar habe, an den Zwischenkreditgeber abzutreten. Die Abtretung eines derartigen Herausgabeanspruches ist zweifellos

---

23) wie zu 1).

24) so aber Soergel § 952 Anm. 3.

25) RG. 51, 85; 91, 157; Soergel § 952 Anm. 3; Planck § 952 Anm. 2 b, 3; Wolff § 75, I, 5.

26) Dehne Diss. S. 40.

27) Prot. Bd. III S. 644.

gemäß § 1192 mit § 1154 Abs. 1 S. 1 mit § 1117 Abs. 1 mit § 931 BGB. ein rechtswirksames Surrogat der sonst notwendigen tatsächlichen Briefübergabe. Voraussetzung ist natürlich, daß auch wirklich ein Herausgabeanspruch gegen den Hypothekar hinsichtlich des Briefes besteht.

Klar ist jedenfalls, daß der Grundstückseigentümer bis zum Erwerb der Hypothek durch den eingetragenen Hypothekar Eigentümer des Hypothekenbriefes ist (§ 952 Abs. 2 BGB.). Ihm steht ja auch das eingetragene Grundpfandrecht zunächst zu[28]). Dem entspricht auch die Ordnungsvorschrift des § 60 GBO., wonach das Grundbuchamt den erteilten Hypothekenbrief nur dem Grundstückseigentümer aushändigen darf, es sei denn, daß der Hypothekar ermächtigt ist, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, was aber in der Form des § 29 Abs. 1 GBO. nachgewiesen werden muß. Das Eigentum des Grundstückseigentümers an dem Briefe ist allerdings durch den Erwerb der Hypothek durch den Hypothekar auflösend bedingt. Wir haben aber auch andererseits gesehen, daß dem auflösend bedingten Recht des Grundstückseigentümers das aufschiebend bedingte Briefeigentum des Hypothekars gegenübersteht. Aber wie bei allen diesen sich gegenseitig ergänzenden Berechtigungen, die sich als zwei ineinandergreifende Entwicklungsstufen eines einzigen Rechtes darstellen, ist während der Dauer des Uebergangsstadiums nur der auflösend Berechtigte der Repräsentant des Rechts. Die Eigentumsrechte an dem Hypothekenbrief werden also während der Zeit von der Erteilung des Briefes durch das Grundbuchamt bis zum Erwerb der Hypothek durch den Hypothekar nur von dem Grundstückseigentümer ausgeübt. Darnach würde ihm an sich gegen den den Brief besitzenden Hypothekar der dingliche Herausgabeanspruch aus § 985 BGB. zustehen. Diesem Verlangen steht aber das Recht des zukünftigen Hypothekengläubigers auf Besitz des Briefes entgegen, das sich einerseits aus dem Anspruch auf Erwerb der Hypothek ergibt, andererseits daraus, daß der Brief durch die mit der Briefübergabe bewußt vollzogene Aenderung der tatsächlichen Herrschaftslage nicht nur in den Gewahrsam, sondern in die endgültige Gewalt des Hypothekars gelangt ist. Hätte nämlich der Grundstückseigentümer bei der Briefübergabe sich durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung das Recht vorbehalten, den Brief wieder beliebig zurückverlangen zu können, dann hätte ja überhaupt noch keine Uebergabe im Sinne des § 1154 BGB. stattgefunden und wäre auch noch keine Anwartschaft des Hypothekars eingetreten. Das Erfordernis der Briefübergabe nach § 1154 BGB. kann doch sicher nicht dadurch erfüllt werden, daß der Brief dem Hypothekar nur zum Zwecke des Hypothekenerwerbs „zur Verfügung" gestellt und dann wieder zurückgenommen wird. Nach § 952 BGB. erwirbt doch der Hypothekengläubiger auch das Eigentum am Brief. Diese Vorschrift hat ihre Grundlage aber in dem dringenden Bedürfnis, bei Schuldscheinen und ähnlichen Urkunden, insbesondere Grundpfandbriefe, aus rechtspolitischen Gründen zu vemeiden, daß das Recht und das das Recht verbriefende Papier sich in verschiedenen Händen befinden. Es würde eine krasse Mißachtung dieses hier offen zum Ausdruck gebrachten Willens des Gesetzgebers bedeuten, wollte man behaupten, daß das Tatbestandsmerkmal der Briefübergabe im Sinne des § 1154 BGB. durch die bloß vorübergehende „Zurverfügungstellung" hergestellt werden könnte und der Uebergeber darnach das Recht haben sollte, den Brief wieder zurückzuverlangen. Vielmehr ist es doch gerade umgekehrt, daß der Hypothekar

28) Planck § 952 Anm. 3 a.

mit dem Hypothekenerwerb Eigentümer des Briefes und als solcher berechtigt werden soll, von jedermann die Herausgabe des Briefes zu verlangen, wenn der Brief einmal aus seinem Besitz gekommen ist. Daß diese in § 952 BGB. niedergelegte Regelung nicht durch einfache rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Parteien außer Kraft gesetzt werden kann, sondern zwingend ist, ist bereits dargelegt. Demnach kann von einer Uebergabe im Sinne des § 1154 BGB. also nur die Rede sein, wenn der Brief in den festen, unwiderruflichen Besitz des Hypothekenerwerbers gelangt ist.

Nun ist aber dem Grundstückseigentümer der Anspruch zuzuerkennen, den Brief von dem Hypothekar in dem Falle zurückverlangen zu können, daß der Hypothekenerwerb nicht eintritt, da dann ja das Grundpfandrecht endgültig dem Eigentümer zufällt. Verlangt der Grundstückseigentümer den Brief während der Schwebezeit schon zurück, dann kann der Hypothekar jederzeit einwenden, daß er noch zum Besitz berechtigt sei, da der Nichteintritt des Hypothekenerwerbs noch nicht feststehe und er daher das Erwerbsrecht nicht verloren habe. Auch kann er sich auf sein aufschiebend bedingtes Eigentum am Brief berufen. Denn wie auch sonst eine Sache, an der der Erwerber zunächst nur ein aufschiebend bedingtes Eigentum erlangt, nicht wieder herausgegeben werden muß, wenn sie einmal in den Besitz des Erwerbers gelangt ist, so braucht auch der Hypothekar den ihm übergebenen Brief nicht mehr zurückzugeben, solange ein Recht auf den endgültigen Erwerb besteht. Dieser Einwand des Rechts zum Besitz berechtigt nach § 986 BGB. den Hypothekar, die Herausgabe des Briefes zu verweigern.

Umstritten ist es nun, ob man diesen Einwand als „Einrede“ oder „Einwendung“ im rechtstechnischen Sinne dieser Begriffe auffassen soll. Betrachtet man nämlich die Geltendmachung des Rechts zum Besitz als Einwendung, dann gibt es in diesem Fall in Wirklichkeit gar keinen Herausgabeanspruch. Diese letzte Ansicht wird vor allem von Wolff[29]) und Siber[30]) vertreten. Es wird hier darauf hingewiesen, daß man sich zur Entscheidung der Frage, ob es sich bei § 986 BGB. um eine Einrede oder um eine Einwendung handle, nicht allein auf die Fassung dieser Vorschrift verlassen dürfe. Es spräche zwar nach dem Worlaut vieles dafür, daß der Besitzer auch im Falle des § 986 BGB. Herausgabeschuldner bleibe, da man von einem Nichtschuldner kaum sagen werde, daß er eine Leistung verweigern könne. Betrachte man aber die Frage nicht nur nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung, sondern nach allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten, dann müsse man zur Verneinung eines Herausgabeanspruches bei allen Fällen von Besitzrechten, außer des Zurückbehaltungsrechtes, kommen. Hierbei wird zur Begründung § 903 BGB. herangezogen, nach dem der Eigentümer zur Ausschließung fremder Einwirkungen, folglich also auch zur Rückforderung des Besitzes von einem anderen, nur befugt sei, soweit nicht (obligatorische oder dingliche) Rechte Dritter entgegenstünden. Dies aber sei hier der Fall. Es wird hierbei aber anscheinend übersehen, daß die Bestimmung des § 903 BGB. nur eine allgemeine Vorschrift darstellt, folglich auch nicht die Rückforderung des Besitzes mit der Ausschließung von Einwirkungen anderer gleichgestellt werden kann, da für den Herausgabeanspruch die Sonderregelung des § 985 BGB. besteht. Abgesehen davon geht aus der Umdrehung der Bestimmung des § 903 BGB., daß nämlich der Eigentümer die Einwirkung

29) Wolff, 3. Bd. § 84, IV, 1.
30) Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 133 ff.

anderer nicht ausschließen könne, wenn diese zur Einwirkung berechtigt sind, auch nicht hervor, ob das „Nichtkönnen" des Eigentümers aus dem Fehlen eines Rechtes herrührt oder daraus, daß dem Recht des Eigentümers das Recht eines anderen entgegensteht. Der Hinweis auf § 903 BGB. kann also in keiner Weise zur Klärung der obigen Frage beitragen.

Die herrschende Meinung[31]) steht vielmehr der Ansicht von Wolff und Siber gegenüber auf dem Standpunkt, daß es sich bei dem Herausgabeverweigerungsrecht nach § 986 BGB. nur um eine echte Einrede handle, daß also der Herausgabeanspruch selbst bestehe, aber dann nicht durchgesetzt werden könne, wenn sich der Besitzer auf sein Recht zum Besitz berufe. Diese Auffassung entspricht allein einem klaren Rechtsgefühl, das auf ein nur rein konstruktives Denken verzichtet. Es wäre doch völlig unverständlich, wollte man dem Eigentümer das Recht, die ihm gehörige Sache zurückzuverlangen, auch dann absprechen, wenn der Besitzer gegen diesen Anspruch garnichts einwenden will. Dies wäre aber dann der Fall, wenn man dem Eigentümer während der Zeit des Rechts eines anderen zum Besitz überhaupt einen Herausgabeanspruch nicht zuerkennen wollte.

Wenn demnach das Bestehen eines tatsächlichen Herausgabeanspruches des Grundstückseigentümers gegen den Hypothekar hinsichtlich des Hypothekenbriefes bejaht werden muß, dann ist auch die Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld durch Abtretung des Briefherausgabeanspruches (und schriftliche Abtretungserklärung) möglich. Die Einrede des Hypothekars gegen den Herausgabeanspruch steht dem nicht entgegen, da es hier ja nur auf den Herausgabeanspruch selbst ankommen kann[32]). Sie bleibt dem Hypothekar auch gegenüber dem Erwerber der vorläufigen Eigentümergrundschuld (dem Zwischenkreditgeber) gewahrt (§ 986 Abs. 2 BGB.).

Der Zwischenkreditgeber ist bei dieser Methode der Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld in keiner Weise weniger geschützt als wenn er den Hypothekenbrief selbst übergeben erhalten hätte. Dies gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, daß der Zwischenkreditgeber sich auch gleichzeitig den Valutaauszahlungsanspruch hat abtreten lassen. Wenn der Zwischenkreditgeber hier dann auch nicht die Auszahlung der Valuta an sich dadurch erzwingen kann, daß er dem Hypothekar eben so lange den Brief vorenthält, bis er wegen seiner Forderung gegen den Grundstückseigentümer befriedigt ist, so kann er doch wenigstens das ihm abgetretene Grundpfandrecht nicht dadurch verlieren, daß der Hypothekar entgegen den geänderten Valutierungsbedingungen die Valuta doch an den Grundstückseigentümer auszahlt. Eine derartige Auszahlung würde ja gegen die Valutierungsbedingungen verstoßen und daher keine rechtswirksame Valutierung der Hypothek bedeuten. Der Hypothekar ist daher, obwohl er sich im Besitz des Briefes befindet, gezwungen, die Valuta nur an den Zwischenkreditgeber auszuzahlen.

Dadurch allerdings, daß der Zwischenkreditgeber nicht den tatsächlichen Besitz des Briefes erhält, sondern nur den Herausgabeanspruch abgetreten bekommt, ist seine Stellung in einer Hinsicht etwas unsicher. Infolge der Tatsache nämlich, daß der Hypothekar den Brief in Händen hat, kann er

31) Planck, Vorbemerkg. zu § 985, 2; Fischer-Henle § 986,3; Weber a. a. O., S. 72; Soltau a. a. O., S. 74.

32) Fischer-Henle § 931, 3; Weber a. a. O., S. 72.

bereits über die Hypothek während der Schwebezeit an Dritte verfügen. Erfolgt eine solche Verfügung an gutgläubige Dritte, dann wird die Hypothek als Vollrecht erworben, obwohl die Valutierung noch nicht erfolgt ist (§ 1138 BGB.). Damit verliert aber der Zwischenkreditgeber automatisch sein nur vorläufiges Grundpfandrecht und mit dieser seine dingliche Sicherung.

β_2) Den Zwischenkreditgeber vor der oben aufgezeigten Unsicherheit zu bewahren, ist nur durch die zweite Möglichkeit der Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld erreichbar, nämlich die, daß der Hypothekar sich bereit erklärt, den in seinem Besitz befindlichen Brief an den Grundstückseigentümer oder direkt an den Zwischenkreditgeber herauszugeben. Dies wird der Hypothekar an sich um so lieber tun, als er dadurch beitragen kann, dem Grundstückseigentümer die Aufnahme eines Zwischenkredits zu ermöglichen und so ohne Uebernahme eines weiteren eigenen finanziellen Risikos die Durchführung des Hausbaues und damit die Werterhöhung des Grundstücks sicherzustellen, was sich wieder auf seine eigene dingliche Sicherung auswirkt. Er würde dadurch verhindern, daß das gesamte Darlehensgeschäft an dem Fehlen eines geeigneten Zwischenkredits scheitert, ohne den der Bau überhaupt nicht begonnen werden könnte. Es ist also auch im Interesse des Hypothekars selbst gelegen, wenn er dem begreiflichen Wunsch des Zwischenkreditgebers nachkommt, den Hypothekenbrief in seinen Besitz zu bekommen. Kann nun aber ohne Gefährdung der Rechtsstellung des Hypothekars dies auch geschehen?

Die Rechtsstellung des Hypothekars ist durch die Uebergabe des Briefes zur dinglichen Anwartschaft verstärkt worden. Diese aufrechtzuerhalten muß der Hypothekar natürlich auf jeden Fall bemüht sein, wenn er seine Interessen wahren will. Eine Rückgabe des Hypothekenbriefes an den Grundstückseigentümer oder den Zwischenkreditgeber unter Aufgabe des Besitzes würde nun aber die Zerstörung der dinglichen Anwartschaft bedeuten, da hierdurch der frühere Zustand, wie er vor der Briefübergabe bestand, wiederhergestellt werden würde [33]). Der Brief müßte dann erst von neuem wieder dem Hypothekar durch den Grundstückseigentümer übergeben werden. Bis dahin aber würde der Hypothekar nur mehr einen rein obligatorischen Anspruch auf Erwerb der Hypothek haben. Der Grundstückseigentümer könnte also unbeschränkt über seine Grundschuld verfügen, da Mangels des Bestehens einer Anwartschaft die Wirksamkeit derartiger Verfügungen nicht aufgehoben werden könnte. Hierin liegt auch der Grund, warum sich die Hypothekenbanken immer um die sofortige Erlangung des Briefbesitzes bemühen. Eine Rückgabe des Briefes unter Aufgabe des Besitzes kommt also für den Hypothekar nicht in Betracht.

Nun ist es aber auch möglich, daß der Hypothekar zwar den Brief zurückgibt, aber gleichzeitig seinen Besitz wenigstens als mittelbaren aufrechterhält. Hierzu ist lediglich die Vereinbarung eines Rechtsverhältnsses im Sinne des § 868 BGB. zwischen dem Hypothekar und dem Grundstückseigentümer erforderlich, etwa in Form einer Leihe. Hierbei würde die Anwartschaft des Hypothekars erhalten bleiben. Mit Erlaubnis des Hypothekars (§ 603 BGB.), die regelmäßig bereits in dem Leihvertrag, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, mit enthalten sein wird, kann dann der Grundstückseigentümer den Brief an den Zwischenkreditgeber weitergeben. Natürlich kann hier der

33) Lent in D.Not.Z., 38. Jhrgg., S. 134.

Grundstückseigentümer den Besitz nur in dem Umfang übertragen, in welchem er ihm selbst auf Grund des Leihvertrages zusteht. Während nun aber zum Erwerb der endgültigen Gläubigerhypothek der nur auf Grund eines Leihvertrages verschaffte Briefbesitz dem Erfordernis der Briefübergabe im Sinne des § 1154 BGB. nicht entspricht [34]), da der Hypothekengläubiger ja nach dem Grundgedanken des § 952 BGB. in den endgültigen Briefbesitz gelangen soll, so muß doch bei der Uebertragung der nur vorläufigen Eigentümergrundschuld auch die nur leihweise Verschaffung des Briefbesitzes als den gesetzlichen Anforderungen genügend angesehen werden [35]). Da das Grundpfandgläubigerrecht des Zwischenkreditgebers ja kein endgültiges, sondern durch den Erwerb der Hypothek Seitens des Hypothekars auflösend bedingt ist, so muß es auch ausreichend sein, wenn der Zwischenkreditgeber nicht den endgültigen, sondern nur den vorübergehenden, von den Bestimmungen des Leihvertrages abhängigen Briefbesitz erhält. Nach dem Zweck des hier vorgenommenen Leihvertrages kann der Hypothekar die Rückgabe des Briefes sowieso erst verlangen, wenn sie selbst die Hypothek (durch die allein noch fehlende Valutierung) erworben und damit das auflösend bedingte Grundpfandrecht des Zwischenkreditgebers zum Erlöschen gebracht hat.

Auch im Falle der Bewahrung des nur mittelbaren Briefbesitzes kann der Hypothekar über seine zukünftigen Rechte verfügen. So ist es möglich, daß er z. B. sein zukünftiges Hypothekengläubigerrecht zum Zwecke der eigenen Geldbeschaffung verpfändet, da hierzu ja nicht die Briefübergabe erforderlich ist, sondern die Uebertragung des mittelbaren Besitzes genügt, den der Hypothekar ja beibehalten hat (§ 1274 mit § 1205 BGB.) Ferner ist nur noch die Anzeige an den unmittelbar den Brief besitzenden Zwischenkreditgeber notwendig. Ebenso ist die Uebertragung der zukünftigen Hypothekengläubigerrechte selbst auf Dritte durchführbar im Wege der Abtretung des Herausgabeanspruches, den der Hypothekar hinsichtlich des Briefes gegen den Zwischenkreditgeber aus dem Leihvertrag hat (§ 604 Abs. 4 BGB.). Obwohl also auch hier der Hypothekar unbeschränkt seine zukünftigen Rechte verwerten kann, so kann er dies doch nicht zum Nachteil des Zwischenkreditgebers tun, etwa derart, daß er an einen gutgläubigen Dritten verfügt und dieser schon vor der Valutierung ein Vollrecht erwirbt. Da bei der Verwertung der zukünftigen Rechte ja der Hypothekenbrief nicht selbst übergeben werden kann, sondern entweder nur der mittelbare Besitz übertragen oder der Herausgabeanspruch gegen den Zwischenkreditgeber abgetreten wird, so muß der Dritte, an den der Hypothekar verfügen will, von den Rechten des Zwischenkreditgebers an der eingetragenen Hypothek automatisch Kenntnis erlangen. Er kann sich also auf seinen guten Glauben nicht berufen, obwohl der verfügende Hypothekar als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist.

Mit der Benutzung des zuletzt besprochenen Weges ist daher nicht nur den gesetzlichen Anforderungen voll Genüge getan, sondern es sind auch die Interessen der Beteiligten in jeder Hinsicht gewahrt. Der Hypothekar hat seine dingliche Anwartschaft behalten, er kann seine zukünftigen Rechte schon jetzt verwerten, und der Zwischenkreditgeber ist auflösend bedingter Grundschuldgläubiger geworden. Der Briefbesitz sichert den Zwischenkreditgeber vor schädlichen Verfügungen des Hypothekars über die Hypothek an gutgläubige Dritte.

---

34) Vgl. oben unter β 1, S. 42 ff.

35) a. A. allerdings hier Lent a. a. O., S. 134.

Andere Möglichkeiten als die Abtretung des Herausgabeanspruches oder die freiwillige Rückgabe des Briefes unter Beibehaltung des mittelbaren Besitzes sind zur Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber wohl nicht denkbar, wenn der Brief dem Hypothekar bereits übergeben worden ist. Insbesondere ist die Uebertragung des bloß mittelbaren Briefbesitzes durch den Grundstückseigentümer an den Zwischenkreditgeber, wie dies verschiedentlich vorgeschlagen wird[36]), keine besonders zu behandelnde Uebertragungsmöglichkeit. Es ist allerdings anzuerkennen, daß während der Schwebezeit, also bis zum Erwerb der Hypothek durch den Hypothekar, der Grundstückseigentümer auch nach der Uebergabe des Briefes an den Hypothekar noch mittelbarer Besitzer des Briefes geblieben ist. Wie wir gesehen haben, hat ja der Grundstückseigentümer gegen den Hypothekar kraft seines (wenn auch auflösend bedingten) Eigentums am Brief einen Herausgabeanspruch, dem allerdings das Recht des Hypothekars auf den Besitz des Briefes entgegensteht. Das Vorhandensein dieses Herausgabeanspruches bedeutet aber, daß hier zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Hypothekar ein Rechtsverhältnis der im § 868 BGB. geforderten Art besteht, das den Grundstückseigentümer zum mittelbaren Besitzer des in der Hand des Hypothekars befindlichen Briefes macht. Es hat hier keine Bedeutung, daß das Verhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Hypothekar so gestaltet ist, daß der Hypothekar mit dem Augenblick des Erwerbs der Hypothek nunmehr in seinem Briefbesitz vom Grundstückseigentümer völlig unabhängig sein und dieser ihm dauernd verbleiben soll, während der Grundstückseigentümer seinen Besitz endgültig einbüßt. Denn die Anforderungen des § 868 BGB. gehen nur dahin, daß der nicht tatsächlich Besitzende die Sache von einem künftigen Zeitpunkt ab auf Grund des zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Rechtsverhältnis wieder an sich ziehen darf, wobei aber ein unbedingtes Recht, die Sache von dem bestimmten Zeitpunkt ab wieder herausverlangen zu können, nicht wesentliche Voraussetzung ist. Vielmehr genügt es, wenn ein auch nur bedingter Herausgabeanspruch besteht[37]). Dies aber ist bei der Briefübergabe an den Hypothekar der Fall, solange die Hypothek noch nicht endgültig erworben worden ist. Der Herausgabeanspruch ist hier also bedingt durch die Feststellung, daß ein Hypothekenerwerb endgültig nicht eingetreten ist.

Wenn also auch der Grundstückseigentümer nach der Briefübergabe tatsächlich noch mittelbaren Besitz am Brief hat, so kann er diesen zum Zwecke der Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld doch nicht gesondert verwerten, eventuell dadurch, daß er den mittelbaren Besitz auf den Zwischenkreditgeber überträgt. Zwar ist eine Grundpfandrechtsabtretung auch unter Verschaffung des nur mittelbaren Besitzes am Brief möglich (§ 1154, mit § 1117 und § 930 BGB.). Hierbei ist es auch nicht erforderlich, daß der verfügende Eigentümer sich im unmittelbaren Besitz der Sache befindet. Es genügt vielmehr der bloß mittelbare Besitz[38]). Aber die Verschaffung des mittelbaren Besitzes kann dann auch nur dadurch an den Zwischenkreditgeber erfolgen, daß der Grundstückseigentümer ihm den Herausgabeanspruch gegen den Hypothekar abtritt (§ 870 BGB.). Es besteht also gegenüber dem Vorschlag β_1 praktisch kein Unterschied.

---

36) Soltau a. a. O., S. 74.

37) RG. in JW. 1913, S. 432 u. 493; RGR. Komm. § 868, Anm. 2.

38) HRR. 26, 469; Fischer-Henle § 930, Anm. 1.

Schließlich wäre noch zu prüfen, ob nicht auch die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne des § 868 BGB. direkt zwischen dem Hypothekar als unmittelbaren Briefbesitzer und dem Zwischenkreditgeber im Sinne der §§ 1154, 1117, 930 BGB. zur Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld als Briefübergabeersatz ausreicht. Dies muß aber unbedingt verneint werden! Mit Recht weist Recke [39]) darauf hin, daß die Verschaffung des mittelbaren Besitzes nach § 930 BGB. nur durch den verfügenden Eigentümer selbst, also nur durch den Grundstückseigentümer erfolgen kann.

In den vorstehenden Darlegungen sind wohl alle denkbaren Arten der Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld auf den Zwischenkreditgeber gewürdigt worden. Es soll aber keinesfalls damit ein Anspruch auf Vollständigkeit der Uebertragungsmöglichkeiten erhoben werden! Jedenfalls aber kann als Ergebnis der Untersuchung hinsichtlich der formell-rechtlichen Erfordernisse der Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld festgehalten werden, daß zwar die Abtretung des Buchrechtes an der Voraussetzung des vorherigen Eingetragenseins des Eigentümers als des Berechtigten wegen § 39 GBO. scheitert, daß aber hierdurch die Verwertung des Briefrechtes in keiner Weise gehindert wird, vielmehr sowohl für den Fall möglich ist, daß der Grundstückseigentümer den Brief noch in Händen hat, als auch für jenen, daß der Brief dem Hypothekar bereits übergeben worden ist. Es wurde hierbei von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, gemäß § 1154 BGB. das Grundpfandrecht ohne Eintragung in das Grundbuch lediglich durch Erteilung der schriftlichen Abtretungserklärung und Uebergabe des Hypothekenbriefes weiter zu übertragen, wobei es nicht einmal erforderlich ist, daß der Grundpfandrechtserwerber den tatsächlichen Briefbesitz erlangt, sondern die Abtretung des Herausgabeanspruches oder die Verschaffung des mittelbaren Besitzes genügt.

II. Rechtliche Verschiedenheiten der vorläufigen und der im Falle des Erlöschens der Hypothekenforderung entstehenden endgültigen Eigentümergrundschuld und die daraus sich notwendig ergebende Unterschiedlichkeit in den Erfordernissen der Uebertragung dieser Rechte.

1. Welche Bedeutung hat nun aber eigentlich der Hypothekenbrief für den Erwerber der vorläufigen Eigentümergrundschuld?

a) Der Hypothekenbrief ist nicht Träger des von ihm verbrieften Rechtes, verkörpert also dieses Recht nicht [40]), sondern dient lediglich zur Erleichterung des Rechtsverkehrs bei Rechtsgeschäften hinsichtlich des verbrieften Rechts als Unterlage an Stelle des Grundbuches. Er ist somit eine bloße Legitimations- und Beweisurkunde, nicht aber ein vollkommenes Wertpapier, bei dem der Bestand des Rechts allein vom Papier abhängt, während beim Hypothekenbrief das Grundbuch die Grundlage des Rechtes bleibt. Der Hypothekenbrief erfüllt daher seinen Zweck nur, wenn er sich in der Hand dessen befindet, der sich als Rechtsinhaber oder als Berechtigter an dem Grundpfandrecht (z. B. Pfandgläubiger) ausweisen können muß, oder wenn diesem zumindest das Recht zusteht, den Brief jederzeit in seinen Besitz zu bringen.

39) Recke in JW. 1936, S. 3221.

40) wie Soltau a. a. O., S. 76 meint.

b) Da der Hypothekenbrief ja als Unterlage an Stelle des Grundbuches Verwendung finden soll, muß und kann er natürlich nur den Inhalt des Rechts wiedergeben, dessen Grundbucheintrag er als Abbild zeigt [41]). Eingetragen im Grundbuch ist aber bei der Hypothek für eine zukünftige Forderung nur die Hypothek selbst, nicht aber auch die während der Schwebezeit dem Grundstückseigentümer zustehende vorläufige Grundschuld, die nach der klaren und unwiderlegbaren Rechtsprechung des Reichsgerichts überhaupt nicht eingetragen werden kann.

Es wird nun im Schrifttum verschiedentlich behauptet [42]), daß auch die vorläufige Eigentümergrundschuld ein Teil des Grundbucheintrages sei, da sie ein Recht des Grundstückseigentümers darstelle und dieser als solcher im Grundbuch stehe. Daraus wird dann gefolgert, daß auch der Hypothekenbrief dann zugleich mit der Hypothek die vorläufige Eigentümergrundschuld verbriefe, wenn er diese auch nicht ausdrücklich nennen könne. Hierzu sei nur bemerkt, daß das vorläufige Grundpfandrecht durchaus nicht immer ein Recht des Grundstückseigentümers sein muß [43]). Ferner ist zu sagen, daß ein Grundbucheintrag unmöglich zugleich über zweierlei Rechte Auskunft geben kann. Der Eintrag der Hypothek kann also nicht zugleich auch die vorläufige Eigentümergrundschuld darstellen. Wohl aber kann man aus dem Grundbucheintrag und damit auch aus dem Hypothekenbrief in Verbindung mit der Kenntnis von der Tatsache der Nichtvalutierung auf das Bestehen der vorläufigen Eigentümergrundschuld schließen. Zum tatsächlichen Grundbuchinhalt gehört aber doch nur das, was man aus ihm selbst ohne weiteres entnehmen kann, ohne erst aus außenliegenden Umständen Rückschlüsse ziehen zu müssen. Davon also, daß das Grundbuch die vorläufige Eigentümergrundschuld mit zum Inhalt habe und damit auch der Hypothekenbrief dieses Recht zugleich mit „verkörpere“, kann gar keine Rede sein. Der Hypothekenbrief ist vielmehr allein die Verbriefung der zukünftigen Hypothek. Er kann daher auch nur dem zukünftigen Hypothekengläubiger als Legitimations- und Beweisurkunde dienen. In seiner Hand allein erfüllt er seinen Zweck. Für den Zwischenkreditgeber, den Gläubiger der vorläufigen Grundschuld, dagegen ist der Brief ohne die vom Gesetzgeber gewollte Bedeutung. Er kann auf Grund des Briefbesitzes keinesfalls über seine auflösend bedingte Grundschuld verfügen. Der Brief legitimiert ihn hierzu in keiner Weise. Er tut dies nicht in persönlicher Hinsicht, da hierzu nach § 1155 BGB. die erforderliche zusammenhängende, auf einen eingetragenen Berechtigten zurückgehende Reihe von Abtretungserklärungen fehlt. Der Grundstückseigentümer war ja nicht als Berechtigter der vorläufigen Grundschuld eingetragen und konnte dies auch nicht werden. Der Brief legitimiert den Zwischenkreditgeber aber auch nicht in sachlicher Beziehung, da er, wie wir gesehen haben, die vorläufige Grundschuld, über die der Zwischenkreditgeber verfügen will, nicht verbrieft.

Wenn Vertreter der gegenteiligen Ansicht hierzu anführen, daß die gesetzliche Zulassung der Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung notwendigerweise eine inhaltliche Unrichtigkeit des Grundbuches bedinge und es daher wegen des Versagens des Grundbuches als eines mit öffentlichem

41) Staudinger § 1116, Anm. I, 1.

42) Oberneck in JW. 1928, S. 1494, Fußbemerkg.; Weber a. a. O., S. 70; Soltau a. a. O., S. 76.

43) Vgl. hierzu 3. Abschnitt I, 1 a.

Glauben ausgestatteten Auskunftsmittels eine verhältnismäßig belanglose, aber notwendige Nebenfolge sei, daß auch der Brief in seinem entsprechenden Inhalt das entstandene Grundpfandrecht unzutreffend beschreibe[44]), so ist damit nur das Eingeständnis gemacht, daß der Brief hinsichtlich der vorläufigen Grundschuld eben als Legitimationspapier nicht fungieren könne. Dies kommt umso deutlicher zum Ausdruck, wenn hierbei darauf hingewiesen wird, daß der Brief garnicht im Stande sei, eine zuverlässige Darstellung der Rechtslage zu geben, weil er in seinem Wortlaut als Hypothekenbrief bezeichnet sei und den Hypothekar als Pfandberechtigten nenne, obwohl er die vorläufige Grundschuld verbriefe. Gerade hierin zeigt sich die Unfähigkeit des Briefes, eine Doppelrolle sowohl als Verbriefung der Hypothek als auch der vorläufigen Grundschuld zu spielen. Die Verbriefung eines Rechts soll doch gerade der Legitimation des Berechtigten dienen. Sie kann dies aber nur dann, wenn sie die tatsächlichen Verhältnisse aufzeigt. Gibt man zu, daß der Hypothekenbrief hierzu außer Stande ist, dann muß man auch die Konsequenz daraus ziehen und anerkennen, daß der Brief keine den Zwecken des Gesetzes gemäße Verbriefung der vorläufigen Grundschuld sein kann, da er nur über das Bestehen der Hypothek, nicht aber auch über das der vorläufigen Grundschuld Auskunft gibt. Will der Hypothekar über seine zukünftigen Gläubigerrechte verfügen, so ist er hierzu durch den Besitz des Briefes allein schon in jeder Hinsicht legitimiert. Dies geht sogar soweit, daß er, falls er an gutgläubige Dritte verfügt, diesen die Hypothek als Vollrecht übertragen kann, obwohl er selbst erst eine Anwartschaft hat. Der Zwischenkreditgeber dagegen kann sich bei einer Verfügung über seine vorläufige Grundschuld keineswegs allein auf den Besitz des Hypothekenbriefes stützen. Er kann diesen höchstens zur Beweisführung mit heranziehen, daß ihm die Rechte aus der Grundschuld übertragen worden sind, den Bestand der Grundschuld selbst kann er nur durch Vorzeigen einer von dem Hypothekar erteilten Erklärung glaubhaft machen, daß die Valutierung noch nicht erfolgt sei; den Schutz des guten Glaubens gewährt aber eine derartige Erklärung auch nicht. Den eigentlichen Zweck, den Rechtsverkehr zu erleichtern, indem der Verfügende als der Berechtigte legitimiert wird, kann also der Hypothekenbrief in Bezug auf den Zwischenkreditgeber nicht erfüllen.

c) Ueber diese Unfähigkeit hinaus bringt der Brief im mittelbaren oder unmittelbaren Besitz des Zwischenkreditgebers nur Unklarheiten und Erschwerungen, den materiellen und formellen Vorschriften über Hypotheken- und Grundschuldbriefe gerecht zu werden.

In den meisten Fällen wird der Zwischenkredit nur einen Bruchteil des bewilligten endgültigen Kredits des zukünftigen Hypothekengläubigers, der Hypothekenbank, betragen, da er ja nur die Inangriffnahme des Baues, nicht dessen vollständige Fertigstellung, finanzieren soll. Dementsprechend wird natürlich auch nicht die gesamte vor der Valutierung bestehende Eigentümergrundschuld, sondern nur der dem benötigten Zwischenkredit entsprechende Teil auf den Zwischenkreditgeber übertragen. Wie aber soll auf dem zum Zwecke der Uebertragung der vorläufigen Grundschuld an den Zwischenkreditgeber übergebenen Hypothekenbrief zum Ausdruck gebracht werden, daß die Grundschuld, die er ja angeblich mitverbriefen soll, nicht die gesamte

44) Soltau a. a. O., S. 76.

in ihm genannte Höhe des Geldbetrages, sondern nur einen bestimmten Bruchteil hievon ausmacht? Der Hypothekenbrief kann, wenn überhaupt, als gleichzeitiger Grundschuldbrief nur Gültigkeit haben, wenn er den Geldbetrag der Grundschuld bezeichnet, da dieser zu den zwingenden gesetzlichen Inhalt eines Grundschuldbriefes nach § 56 GBO. gehört. Eine dementsprechende Aenderung des Briefes ist aber ebensowenig wie die Aenderung des Grundbucheintrages möglich, da ja der Betrag der Hypothek nach wie vor der gleiche geblieben ist. Daß aber der Inhalt der Grundschuld und damit auch die Höhe ihres Geldbetrages weder im Grundbuch noch im Hypothekenbrief gesondert zum Ausdruck gebracht werden kann, ist allgemein anerkannt und durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts festgelegt. Auch die Herstellung eines Teilhypothekenbriefes ist nicht möglich, da die Hypothekenforderung ja garnicht geteilt worden ist. Die Unfähigkeit, die wirkliche Rechtslage wiederzugeben, tritt in diesem Fall besonders stark hervor, wenn man den Hypothekenbrief zugleich auch als Grundschuldbrief betrachten will. Der Brief könnte hier den Zwischenkreditgeber weder hinsichtlich der Grundschuld an sich noch hinsichtlich ihres Betrages Dritten gegenüber legitimieren. Im Gegenteil! Der Brief würde in der Hand des Zwischenkreditgebers eine glatte Täuschung über die tatsächliche Rechtslage bedeuten, wollte man ihm die Eigenschaften eines wirklichen Grundschuldbriefes zuerkennen. Diese Tatsache kann auch nicht durch den von Soltau[45]) gemachten Vorschlag umgangen werden, dem Zwischenkreditgeber in solchen Fällen nur den (mittelbaren oder unmittelbaren) Mitbesitz einzuräumen. Aus der Tatsache des Mitbesitzes am Brief würde ja ebensowenig hervorgehen, zu welchem Bruchteil die Grundschuld dem Zwischenkreditgeber zusteht. Welchen anderen Zweck aber soll der Mitbesitz am Brief haben? Mitbesitzer wären doch im Falle, daß der Brief dem Hypothekar noch nicht übergeben gewesen war, der Grundstückseigentümer und der Zwischenkreditgeber. Liegt nun ein sog. kollektiver Mitbesitz oder Gesamthandsbesitz vor, dann können die beiden Beteiligten auch nur gemeinschaftlich ihren Besitz am Brief verwerten, d. h. aber, daß eine Verfügung über den dem einen der Beteiligten zustehenden Bruchteil der Grundschuld ohne die Mitwirkung des anderen überhaupt ausgeschlossen wäre. Dies entspricht aber sicher nicht der tatsächlichen Rechtslage. Liegt aber nur ein sog. schlichter oder solidarischer Mitbesitz vor, dann ist der Zweck des Mitbesitzes erst recht unverständlich, weil dann keiner den anderen hindern könnte, die Rechte (falls solche überhaupt bestehen) aus dem Gesamtbesitz allein wahrzunehmen. Nimmt man nun gar an, daß der Hypothekenbrief dem Hypothekar schon übergeben worden war und von diesem unter Wahrung des mittelbaren Besitzes zur Uebertragung der vorläufigen Grundschuld wieder herausgegeben worden ist, dann müßte auch der Hypothekar neben dem Grundstückseigentümer und dem Zwischenkreditgeber am Mitbesitz beteiligt werden. Die Besitzverhältnisse würden dadurch derart unklar werden, daß damit dem Prinzip der Offenkundigkeit und Uebersichtlichkeit der Realrechte am wenigsten gedient wäre.

Wie sollte außerdem die Frage dann gelöst werden, wenn statt der Besitzverschaffung der Herausgabeanspruch abgetreten werden soll. Soll hier der Herausgabeanspruch dann auch den Beteiligten nur gemeinsam zustehen? Auch hiermit könnte nichts erreicht werden, was über die Unfähigkeit des Hypothekenbriefes, zu gleicher Zeit über die Hypothek und über die vor-

---

45) Soltau a. a. O., S. 77.

läufige Grundschuld, die dazu nur einen Bruchteil des ersteren Rechtes beträgt, Auskunft zu geben, hinweghelfen könnte. Der Brief ist einfach nicht im Stande, zu gleicher Zeit als Verbriefung zweier Rechte zu dienen.

Dies zeigt sich auch, wenn Veränderungen der vorläufigen Grundschuld, z. B. bei teilweiser Rückzahlung des Betrages, eintreten. Auch diese können im Hypothekenbrief nicht vermerkt werden, da der Betrag der Hypothek ja unverändert geblieben ist. Dies steht aber im Widerspruch zu der gesetzlichen Verpflichtung des Gläubigers (§ 1145 BGB.), die teilweise Befriedigung im Brief anzugeben. Wie kann aber der Hypothekenbrief auch eine Verbriefung der Grundschuld darstellen, wenn er die bei dieser eintretenden Veränderungen nicht wiedergeben kann? Aus dem Brief ist in keiner Weise ersichtlich, bis zu welchem Betrage die vorläufige Grundschuld dem Zwischenkreditgeber ursprünglich zustand und welchen Reststand sie nach eventueller Teilrückzahlung noch hat. Derartige Veränderungen der Grundschuld sind durchaus zulässig und keinesfalls unwirksam, weil hiedurch die zukünftigen Hypothekengläubigerrechte in keiner Weise betroffen werden. Die vorläufige Grundschuld wird nämlich durch Rückzahlungen nicht zum Erlöschen gebracht[46]), sondern steht lediglich in Höhe der Rückzahlung wieder dem Grundstückseigentümer zu.

Nur der Hypothekar kann Veränderungen im Brief vermerken, die er durch Verfügungen über seine zukünftigen Gläubigerrechte vorgenommen hat. Der Hypothekar ist ja kraft seiner Eintragung im Grundbuch und damit kraft des Hypothekenbriefinhalts zu jeder derartigen Verfügung legitimiert. Allerdings ist hier noch zu beachten, daß der Hypothekar, wenn er nicht ausschließlich über seine zukünftigen Rechte, sondern auch über die ihm bereits gegenwärtig zustehende Rechtsanwartschaft verfügen will, bei der zu dieser Verfügung nach § 929 BGB. erforderlichen Einigung der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf[47]), da in Gestalt der Anwartschaft gleichzeitig auch das gegenwärtig noch vorhandene Recht des Grundstückseigentümers betroffen wird. Diesem wird hier ja ein anderer Geschäftspartner gegenübergestellt, an den nun an Stelle des früheren die Hypothek übergehen soll, ohne zuvor überhaupt von diesem in seiner Person erworben worden zu sein.

d) Während also der Brief in der Hand des Hypothekars in jeder Hinsicht seinen Zweck erfüllt, zu Verfügungen über das verbriefte Recht legitimiert und alle Veränderungen, die hinsichtlich dieses Rechtes eintreten, wiedergeben kann, ist er in der Hand des Zwischenkreditgebers als sog. gleichzeitige Mitverbriefung der vorläufigen Grundschuld ein rechtlich unnützes Papier, dessen Besitz für den Zwischenkreditgeber lediglich die tatsächliche Bedeutung hat, den Hypothekar am Erwerb der Hypothek zu verhindern, da hierzu ja die Uebergabe des Briefes an diesen erforderlich ist. Hierdurch könnte der Zwischenkreditgeber den Verlust seiner vorläufigen Grundschuld verhüten, da diese ja durch den Erwerb der Hypothek auflösend bedingt ist. Dies ist aber auch nur dann möglich, wenn der Hypothekar bei der Abtretung der vorläufigen Grundschuld durch den Grundstückseigentümer an den Zwischenkreditgeber noch keine Rechtsanwartschaft hinsichtlich der Hypothek erworben hatte, da anderenfalls ja durch Zurückhaltung des Hypothekenbriefes der Hypothekar am Erwerb der Hypothek nicht verhindert werden

46) a. A. Weber a. a. O., S. 71.

47) RG. 140, 223.

könnte, die Uebergabe des Briefes vielmehr in diesem Falle durch Fiktion als erfolgt angesehen werden müßte [48]). Ist aber der Hypothekenbrief vor der Abtretung der vorläufigen Grundschuld bereits einmal dem Hypothekar übergeben worden und hat ihn dieser unter Wahrung des mittelbaren Besitzes zum Zwecke der Uebertragung der vorläufigen Grundschuld nur wieder zur Verfügung gestellt, dann ist eine Verhinderung des Hypothekenerwerbs erst recht nicht möglich, da hier ja das Erfordernis der Briefübergabe bereits erfüllt und dieses Tatbestandsmerkmal auch nicht durch die Zurverfügungstellung wieder rückgängig gemacht worden ist. Erst recht aber kann der Zwischenkreditgeber den Hypothekenerwerb nicht verhindern, wenn er den Brief gar nicht in seinen unmittelbaren Besitz bekommen hat, sondern ihm nur der Herausgabeanspruch abgetreten worden ist.

Auch ist die Möglichkeit, den Hypothekenerwerb zu verhindern, für den Zwischenkreditgeber überhaupt nur dann wichtig, wenn er wegen der Befriedigung seiner Forderung sich lediglich an den Grundstückseigentümer halten kann. Durch die Zurückhaltung des Briefes kann er dann den Grundstückseigentümer zwingen, ihm das Darlehen zurückzuzahlen, da ohne den Brief der Hypothekar die Hypothek nicht valutieren würde.

Eine weitere Bedeutung hat der tatsächliche, also unmittelbare Besitz des Briefes für den Zwischenkreditgeber allerdings unabhängig vom Bestehen einer Anwartschaft des Hypothekars noch dadurch, daß dieser an schädigenden Verfügungen über die Hypothek an gutgläubige Dritte verhindert wird. Denn nur, wenn der verfügende Hypothekar im tatsächlichen Besitz des Briefes ist, besteht nach § 1155 BGB. ein Schutz des guten Glaubens des Erwerbers, der dann sogar die Hypothek als Vollrecht erlangen und damit die vorläufige Grundschuld in der Hand des Zwischenkreditgebers zum Erlöschen bringen kann, obwohl der verfügende Hypothekar selbst nur Hypothekenanwärter gewesen war.

Damit ist aber die Bedeutung des Hypothekenbriefes für den Zwischenkreditgeber erschöpft. Sie ist, wie wir gesehen haben, nur gegeben, wenn der Zwischenkreditgeber unmittelbarer Besitzer des Briefes ist und liegt dann auch nur in der *Tatsache* des Besitzes, nicht in dessen *rechtlicher* Bedeutung. Die Beweis- und Legitimationsfunktion des Hypothekenbriefes, die der Gesetzgeber dem Brief zugedacht hat, kann hier nicht zur Auswirkung kommen. Alle Bestimmungen des BGB. und der GBO., die den Brief zum Gegenstand haben, haben aber ihre Grundlage in der Beweis- und Legitimationsfunktion des Briefes für den Rechtsinhaber. Daher soll der Brief immer mit dem Grundbuch in Uebereinstimmung bleiben und jede Rechtsänderung in ihm vermerkt werden. Weil eben dem Brief diese Beweis- und Legitimationsfunktion zugedacht ist, darum soll er auch stets im Besitz des Rechtsinhabers sein, da er nur in dessen Hand der Erleichterung des Grundpfandrechtsverkehrs dient. Daher auch die Bestimmung der §§ 1117 und 1154 BGB., daß ein Briefrecht nur gleichzeitig mit der Briefübergabe erworben bzw. weiter übertragen werden kann! Wenn aber der Brief im Besitz des Zwischenkreditgebers seine gesetzlichen Funktionen dauernd nicht erfüllen kann, dann läßt sich hier die Schlußfolgerung nicht umgehen, ob denn dann auch die Bestimmung des § 1154 BGB. auf die Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld überhaupt Anwendung finden muß.

---

48) Vgl. oben unter 3. Abschnitt I, 3 c.

2. Wir sind bei der Untersuchung über die Möglichkeiten, die vorläufige Eigentümergrundschuld auf den Zwischenkreditgeber übertragen zu können, davon ausgegangen, daß auch die vorläufige Eigentümergrundschuld den rechtlichen Charakter der späteren Hypothek teile, also Brief- oder Buchgrundschuld sei, und damit den allgemeinen Vorschriften über Grundschulden, also auch § 1154 BGB. (in Verbindung mit § 1192 BGB.) unterliege, und haben diese Auffassung, da sie von der herrschenden Meinung bisher unbeanstandet vertreten wird, als richtig unterstellt. Es ist nun tatsächlich auch allgemein anerkannt und kann nicht bestritten werden, daß mit der Bestellung einer Hypothek (also Einigung und Eintragung), also schon bevor die Hypothek vom zukünftigen Gläubiger erworben ist, eine Belastung des Grundstücks eintritt. Denn liegt eine rechtswirksame Hypothekbestellung vor, dann kann im Endergebnis je nach dem nun die Forderung tatsächlich zur Entstehung gebracht wird oder aber feststeht, daß sie doch nicht zur Entstehung gelangt, nur entweder eine Gläubigerhypothek oder aber eine endgültige Eigentümergrundschuld bestehen. Eine Belastung des Grundstücks ist also auf jeden Fall gegeben, denn die endgültige Eigentümergrundschuld im Sinne der §§ 1163 Abs. 1 S, 1, 1177 Abs. 1, 1197 BGB. stellt ja keineswegs eine nur gläubigerfrei gewordene Eigentumsparzelle dar (Wertparzellentheorie), sondern ist eine regelrechte Grundstücksbelastung zugunsten eines bestimmten Gläubigers, nämlich des Eigentümers. § 1197 BGB. stellt dies mit den Worten: „Ist der Eigentümer der Gläubiger" vollkommen klar[49]).

Es hat sich also gezeigt, daß bereits mit der Eintragung der Hypothek für eine künftige Forderung eine Grundstücksbelastung vorliegt, die je nach dem Eintritt oder Ausfall der Bedingung der Valutierung und gegebenenfalls der Briefübergabe dem Hypothekar oder dem Grundstückseigentümer als Berechtigten mit dem Charakter einer Gläubigerhypothek bzw. einer Eigentümergrundschuld zusteht. Da bei der Erteilung eines Briefes dieser dann entweder den Hypothekengläubiger legitimiert oder aber nach Umschreibung den Grundstückseigentümer, so liegt allerdings der Schluß nahe, daß der Brief auch den Berechtigten der während der Schwebezeit bestehenden vorläufigen Grundschuld legitimieren müßte. Wie bereits eingehend dargelegt, trifft dies aber nicht zu. Ebenso liegt aber auch an sich der Schluß nahe, daß der Brief, wenn er je nach der Rechtslage entweder zur Weiterübertragung der Gläubigerhypothek oder zur Abtretung der endgültigen Eigentümergrundschuld an den neuen Berechtigten übergeben werden muß, auch bei der Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber übergeben werden müßte. Dies ist aber ebenfalls ein Fehlschluß! Die Gläubigerhypothek wie auch die endgültige Eigentümergrundschuld sind Grundpfandrechte, die im Grundbuch verlautbart werden müssen und dies auch können. Die vorläufige Eigentümergrundschuld kann dagegen während der Schwebezeit, also überhaupt während der Zeit ihres Bestehens, in das Grundbuch nicht eingetragen werden. Der Gesetzgeber verzichtet also bei der vorläufigen Eigentümergrundschuld bewußt auf die Anwendung des Prinzips der Offenkundigkeit im Immobiliarrecht. Damit ist

49) Wenn auch in der Hand des Eigentümers die Grundstücksverwertungsbefugnis ruht, so kann er doch seine Gläubigerrechte geltend machen, wenn eine Versteigerung des Grundstücks durch dritte Gläubiger betrieben wird. Er ist auch berechtigt, eine Verzinsung seiner Grundschuld zu verlangen, solange das Grundstück auf Antrag eines anderen Gläubigers zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist. Hieraus ergibt sich wohl am deutlichsten der Charakter der Eigentümergrundschuld als eine wirkliche Grundstücksbelastung.

aber gleichzeitig und notwendig gesagt, daß sämtliche Vorschriften des Grundstücksrechts, die der Wahrung des Prinzips der Offenkundigkeit dienen (so besonders § 873 und § 1154 BGB.), auf die vorläufige Eigentümergrundschuld keine Anwendung finden müssen. Denn die natürliche Voraussetzung für die Anwendung jener Vorschriften ist doch, daß es sich um eintragungsfähige Rechte handelt. Die vorläufige Eigentümergrundschuld ist aber insofern ein außerhalb der Reihe der übrigen Grundpfandrechte liegendes Recht, als es den Vorschriften über die Eintragungen im Grundbuch nicht unterliegt. Es handelt sich hier also tatsächlich um ein Recht besonderer Art[50]), dessen Eigenart nicht nur in der Vorläufigkeit liegt[51]), sondern vor allem in der vom Gesetzgeber bewußt in Kauf genommenen und damit gebilligten Unfähigkeit seiner Verlautbarung im Grundbuch. Die Vorläufigkeit dieses nach §§ 1113 Abs. 2, 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB. entstandenen Rechtes, „das im übrigen wie jede andere Grundschuld des Eigentümers Grundpfandrechtscharakter hat“[52]), könnte allein eine besondere rechtliche Behandlung nicht rechtfertigen. Ein bedingtes Recht wird ja an sich nach den gleichen rechtlichen Bestimmungen beurteilt wie das endgültige Recht. Aber die Unfähigkeit der vorläufigen Eigentümergrundschuld, in das Grundbuch eingetragen zu werden, stellt dieses Recht außerhalb der sonst zwingenden Bestimmungen des Erfordernisses der Grundbucheintragung. Damit ist aber die herrschende Ansicht abzulehnen, daß die vorläufige Eigentümergrundschuld der endgültigen gleichzustellen sei und damit ebenso den Vorschriften der §§ 873 und 1154 BGB. unterliege wie diese.

Wenn daher nach § 873 BGB. im allgemeinen zur Uebertragung von Rechten an Grundstücken die dingliche Einigung und deren Eintragung im Grundbuch materielle Notwendigkeit ist, so kann diese Bestimmung auf die vorläufige Eigentümergrundschuld folgerichtigerweise keine Anwendung finden. Nun ist allerdings für die Uebertragung von Briefhypotheken und Briefgrundschulden die Sonderbestimmung des 1154 BGB. getroffen, wonach statt der Eintragung im Grundbuch die schriftliche Abtretungserklärung genügt. Weiter ist gegenüber § 873 BGB. die Bedingung der Briefübergabe gestellt. Es ist aber klar, daß auch § 1154 BGB. ein eintragungsfähiges Recht voraussetzt. Dies geht schon aus § 1154 Abs. 2 BGB. hervor, wonach statt der schriftlichen Abtretungserklärung auch bei Briefrechten die Eintragung der Abtretung erfolgen kann. Weiter kann die Uebergabe des das Recht verbriefenden Papiers doch nur dann zum Erfordernis gemacht werden, wenn ein derartiges Papier für das betreffende Recht durch das Gesetz vorgesehen ist. Daß dies bei der vorläufigen Eigentümergrundschuld nicht der Fall ist, ist bereits eingehend dargelegt worden. Ein gesonderter Brief kann für die vorläufige Grundschuld nicht ausgestellt werden; dies würde die gesonderte Eintragung der vorläufigen Grundschuld im Grundbuch voraussetzen, die aber wegen der Eigenart dieses Rechtes in Hinsicht auf seine Eintragungsunfähigkeit ausgeschlossen ist. Der über die Hypothek ausgestellte Brief kann auch nicht als gleichzeitige Verbriefung der vorläufigen Eigentümergrundschuld angesehen werden, da der Hypothekenbrief in Bezug auf das vorläufige Recht seine gesetzlichen Funktionen nicht versehen kann. Die gesetzliche Bestimmung der § 1117 und 1154 BGB., daß der Brief durch seine

50) Lent in Dt.Not.Z., 37. Jhrgg., S. 724.

51) so allerdings Soltau a. a. O., S. 75.

52) wie zu 2)

Uebergabe zum Erwerb der Hypothek beitragen muß, ist auch keineswegs als eine der ursprünglichen Aufgaben des Briefes anzusehen. Vielmehr ist das Erfordernis der Briefübergabe beim Hypothekenerwerb bzw. deren Weiterübertragung lediglich eine notwendige Folge seiner eigentlichen Funktion, als Beweis- und Legitimationspapier dem Rechtsinhaber zu dienen. Es soll vermieden werden, daß ein Grundpfandrecht auf einen Erwerber übergeht, obwohl der das Recht verlautbarende Brief sich noch in der Hand eines anderen befindet, der dadurch immer noch als Berechtigter legitimiert sein würde. Die Rechtsbedeutung des Briefes liegt also nicht darin, mit seiner Hilfe das verbriefende Recht übertragen zu können, sondern ausschließlich darin, den Inhaber des Rechtes als Berechtigten auszuweisen. Wenn also Soltau[53]) glaubt, daß die Auswirkung der Unfähigkeit des Hypothekenbriefes, die wahre Rechtslage hinsichtlich der vorläufigen Eigentümergrundschuld richtig zu schildern, mit der Rechtsbedeutung des Briefes nichts zu tun habe, so kann dem nicht zugestimmt werden. Denn die Unfähigkeit wirkt sich eben gerade dahin aus, den Inhaber nicht als den Grundschuldberechtigten legitimieren zu können.

Man kann den Zusammenhang zwischen der Rechtsbedeutung des Briefes und dem Erfordernis seiner Uebergabe in folgendem Satz zusammenfassen: Der Brief legitimiert den Rechtsinhaber nicht, weil er ihm übergeben worden ist, sondern er muß dem Rechtsinhaber übergeben werden, weil er seinen Besitzer als Rechtsinhaber legitimiert. Hieraus ergibt sich klar, daß der Hypothekenbrief bei der Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld auf den Zwischenkreditgeber nicht übergeben zu werden braucht; die Voraussetzungen, daß der Brief seinen Besitzer als Rechtsinhaber legitimiert, liegen hier nicht vor. Ebenso haben wir aber festgestellt, daß auch die Voraussetzungen des § 873 BGB. auf die vorläufige Eigentümergrundschuld nicht zutreffen. Damit ist aber die Sonderstellung der vorläufigen Eigentümergrundschuld als ein Recht besonderer Art erwiesen. Die vorläufige Eigentümergrundschuld ist demnach auch kein Brief- oder Buchrecht, sondern ein nicht verlautbarungsfähiges Immobiliarrecht. Mit dieser Feststellung wird keineswegs der Grundsatz von der beschränkten Zahl der Sachenrechte durchbrochen, der besagt, daß von der Rechtswissenschaft kein neues Sachenrecht geschaffen oder ein Sachenrecht des BGB. mit einem anderen Inhalt ausgestaltet werden darf. Denn der Gesetzgeber selbst hat die Ausgestaltung der vorläufigen Eigentümergrundschuld als nicht eintragungsfähiges Recht vorgesehen, wenn er auch dieses Recht selbst im BGB. nicht ausdrücklich erwähnt hat. Hat man sich zu dieser Erkenntnis einmal durchgerungen, dann kann es eigentlich nur zwei Folgerungen daraus geben: entweder erachtet man das Prinzip der Offenkundigkeit im Immobiliarrecht für so wesentlich, daß es nicht außer Anwendung bleiben darf, und verzichtet damit auch auf die Uebertragbarkeit der vorläufigen Grundschuld, oder aber man läßt die Uebertragung dieses Rechtes zu und verzichtet auf die Offenkundigmachung dieses Rechtsvorgangs.

Es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber das Institut der vorläufigen Grundschuld, das von ihm zwar vorgesehen, aber der Wissenschaft zur Ausgestaltung überlassen worden ist, an sich nicht als Gegenstand von Rechtsgeschäften gedacht und gewollt hat. Dies ist gerade aus der Behandlung

53) Soltau a. a. O., S. 76.

dieses Rechtes als eine nicht nach außen in Erscheinung tretende Regelung des nach der Eintragung und vor der Valutierung einer Hypothek bestehenden Schwebezustandes zu entnehmen, wobei die Besonderheit der Behandlung ihren Grund darin hat, daß das Recht nur als eine Zwischenlösung, also von nur vorübergehendem Bestand gedacht ist. Auch ist die Weiterübertragung der vorläufigen Grundschuld wie überhaupt auch die der gewöhnlichen Grundschuld vom rechtspolitischen Standpunkt aus wohl nicht gerade erwünscht. Das Institut der Grundschuld bringt an sich eine wachsende ungesunde Mobilisierung der Grundstückswerte mit sich. Mit Recht weist Ackermann[54]) darauf hin, daß die Uebertragung der vorläufigen Grundschuld vom Grundstückseigentümer auf einen Zwischenkreditgeber während der Schwebezeit an sich beliebig oft möglich wäre, was wieder dem Wunsche nach der Stabilität der Realwerte zuwiderläuft. Daß der Gesetzgeber die vorläufige Grundschuld nicht zum Zwecke eines abstrakten Kreditmittels geschaffen hat, kann daher wohl angenommen werden.

Wenn also vom rechtspolitischen Standpunkt aus die Uebertragung der vorläufigen Grundschuld auf Dritte zum Zwecke der Zwischenkreditsicherung als unerwünscht bezeichnet werden muß, so haben wir doch gesehen, daß materiell-rechtliche Gesichtspunkte nicht gegen die Uebertragbarkeit dieses Rechtes sprechen, da es sich um ein gegenwärtiges und in seinem Umfang klar umrissenes Recht handelt, das zudem einen beträchtlichen Vermögenswert repräsentiert. Auch der numerus clausus im Immobiliarrecht steht dem nicht entgegen. Denn das vorläufige Grundschuldrecht ist vom Gesetzgeber ja selbst in § 1113 Abs. 2 BGB. mit seinen notwendigen Folgerungen aus §§ 1163, 1177, 1196 BGB., also mit dem Charakter einer Grundstücksbelastung geschaffen worden. Die rein rechtspolitischen Gründe können daher eine Verneinung der Verwendung der vorläufigen Grundschuld als Kreditmittel nicht rechtfertigen, zumal in wesentlich höherem Maße wirtschaftliche Belange für die Zulassung sprechen. Die Möglichkeit, die vorläufige Grundschuld als Zwischenkreditsicherungsmittel verwenden zu können, ist zweifellos eine Frage von höchster volkswirtschaftlicher Bedeutung. Denn in den meisten Fällen des Baukredits wird die völlige Valutierung der Bauhypothek nicht vor Beendigung des Baues erfolgen können. Es würde aber ein Brachliegen beträchtlicher volkswirtschaftlicher Werte bedeuten, wollte man die vor der endgültigen Valutierung der Bauhypothek dem Grundstückseigentümer in Form der vorläufigen Eigentümergrundschuld zustehenden Vermögenswerte von einer zweckentsprechenden Verwertung zur Beschaffung eines Zwischenkredits ausschließen. Die dringende Notwendigkeit, alle dem Grundstückseigentümer zu Verfügung stehenden Werte zum Zwecke der Baudurchführung und deren Finanzierung zu mobilisieren, ist bereits eingangs eingehend gewürdigt worden.

Die Entscheidung der vorhin aufgestellten Frage kann daher nur lauten: Zulassung der Uebertragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld, auch wenn dabei auf die Einhaltung des Prinzips der Offenkundigkeit verzichtet werden muß.

Da die vorläufige Eigentümergrundschuld weder ein Buch- noch ein Briefrecht ist, sondern als verlautbarungsunfähiges Recht nach außen nicht in Erscheinung tritt, so hat auch ihre Uebertragung ohne Eintragung bzw.

54) Ackermann in Dt.Not.Z., 36. Jhrgg., S. 358.

Briefübergabe zu erfolgen. Vom rechtlichen Standpunkt aus kann hiergegen nichts eingewendet werden, wie sich aus den obenstehenden Darlegungen ergeben hat. Auch die Tatsache, daß die derart formlos übertragene vorläufige Grundschuld im Falle der endgültigen Feststellung der Nichtvalutierung der Hypothek dem Zwischenkreditgeber als endgültige Fremdgrundschuld zufällt, macht keinesfalls die Wahrung der Form des § 873 bzw. 1154 BGB. erforderlich[55]). Es handelt sich hier dann nur um die gleiche Art des Erwerbens des endgültigen Rechtes ohne Grundbucheintragung bzw. Briefübergabe, wie sie auch bei dem Erwerb der endgültigen Eigentümergrundschuld durch den Grundstückseigentümer selbst vorliegt.

III. **Zusammenfassung.**

Zusammenfassend ist daher festzustellen:

Die Verwendung der vorläufigen Eigentümergrundschuld zur Sicherung eines Bauzwischenkredits ist die einfachste, billigste und dabei allen Beteiligten gerechtwerdende Lösung, gegen die auch vom rechtlichen Standpunkt aus nichts eingewendet werden kann. In Verbindung mit der Abtretung des Valutaauszahlungsanspruches bildet sie die bestmögliche Sicherung des Zwischenkreditgebers unter gleichzeitiger Wahrung der durch die Anwartschaft geschützten Interessen der Hypothekenbank. Die Abtretung der vorläufigen Eigentümergrundschuld an den Zwischenkreditgeber ist also ein durchaus geeignetes Mittel der Bauzwischenfinanzierung und kann sowohl bei der Bestellung von Buch- wie auch von Briefhypotheken ohne Eintragung in das Grundbuch bzw. Uebergabe des Hypothekenbriefes erfolgen.

---

55) a. A. Weber a. a. O., S. 72.